

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RAFAEL DOS SANTOS PINTO

A DOGMÁTICA DA COMUNHÃO UNITÁRIA NO DIREITO EMPRESARIAL: UM
ESTUDO SOBRE A INSUFICIÊNCIA DOS TIPOS LEGAIS QUE DISCIPLINAM A
PLURALIDADE SUBJETIVA PATRIMONIAL EM OPERAÇÕES ECONÔMICAS

CURITIBA

2018

RAFAEL DOS SANTOS PINTO

A DOGMÁTICA DA COMUNHÃO UNITÁRIA NO DIREITO EMPRESARIAL: UM
ESTUDO SOBRE A INSUFICIÊNCIA DOS TIPOS LEGAIS QUE DISCIPLINAM A
PLURALIDADE SUBJETIVA PATRIMONIAL EM OPERAÇÕES ECONÔMICAS

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do
grau de Doutor em Direito, no Curso de Pós-Graduação
em Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, da
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

CURITIBA

2018

S237d

Santos-Pinto, Rafael dos

A dogmática da comunhão unitária no direito empresarial: um estudo sobre a insuficiência dos tipos legais que disciplinam a pluralidade subjetiva patrimonial em operações econômicas / Rafael dos Santos-Pinto; orientador: Rodrigo Xavier Leonardo. – Curitiba, 2018.

176 f.

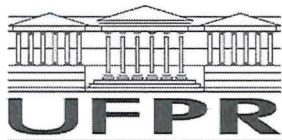
Bibliografia: f. 164-176.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2018.

1. Direito empresarial. 2. Economia. 3. Patrimônio. I. Leonardo, Rodrigo Xavier. II. Título.

CDU 347.72

Catálogo na Fonte UFPR – Sistema de Bibliotecas - SIBI
Bibliotecária: Eglem Maria Veronese Fujimoto CRB 9/1217



ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE DOUTORADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM DIREITO

No dia vinte e dois de agosto de dois mil e dezoito às 14:30 horas, na sala Sala de Defesas, Praça Santos Andrade, 50 - 3º andar PPGD, foram instalados os trabalhos de arguição do doutorando **RAFAEL DOS SANTOS PINTO** para a Defesa Pública de sua tese intitulada **A DOGMÁTICA DA COMUNHÃO UNITÁRIA NO DIREITO EMPRESARIAL: UM ESTUDO SOBRE A INSUFICIÊNCIA DOS TIPOS LEGAIS QUE DISCIPLINAM A PLURALIDADE SUBJETIVA PATRIMONIAL EM OPERAÇÕES ECONÔMICAS**. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: RODRIGO XAVIER LEONARDO (UFPR), FLÁVIO MURILO TARTUCE SILVA (FUNADESP), GUSTAVO SAAD DINIZ (USP/RP), MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO (UFPR), CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK (UFPR). Dando início à sessão, a presidência passou a palavra ao discente, para que o mesmo expusesse seu trabalho aos presentes. Em seguida, a presidência passou a palavra a cada um dos Examinadores, para suas respectivas arguições. O aluno respondeu a cada um dos arguidores. A presidência retomou a palavra para suas considerações finais. A Banca Examinadora, então, reuniu-se e, após a discussão de suas avaliações, decidiu-se pela aprovação do aluno. O doutorando foi convidado a ingressar novamente na sala, bem como os demais assistentes, após o que a presidência fez a leitura do Parecer da Banca Examinadora. A aprovação no rito de defesa deverá ser homologada pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais do programa. A outorga do título de doutor está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, RODRIGO XAVIER LEONARDO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos membros da Comissão Examinadora.

Curitiba, 22 de Agosto de 2018.



RODRIGO XAVIER LEONARDO
Presidente da Banca Examinadora



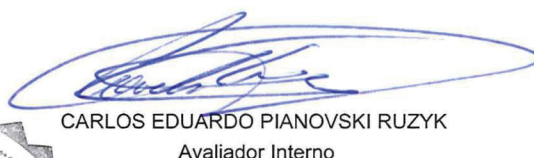
FLÁVIO MURILO TARTUCE SILVA
Avaliador Externo



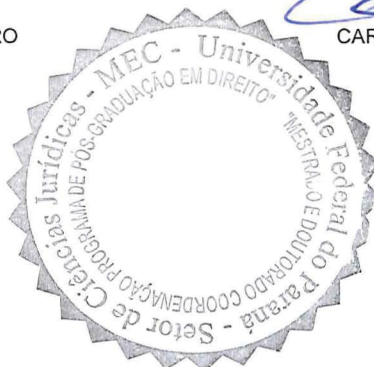
GUSTAVO SAAD DINIZ
Avaliador Externo

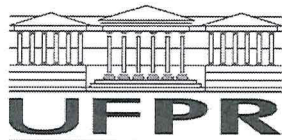


MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO
Avaliador Interno



CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK
Avaliador Interno





MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da tese de Doutorado de **RAFAEL DOS SANTOS PINTO** intitulada: **A DOGMÁTICA DA COMUNHÃO UNITÁRIA NO DIREITO EMPRESARIAL: UM ESTUDO SOBRE A INSUFICIÊNCIA DOS TIPOS LEGAIS QUE DISCIPLINAM A PLURALIDADE SUBJETIVA PATRIMONIAL EM OPERAÇÕES ECONÔMICAS**, após terem inquirido o aluno e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua aprovação no rito de defesa.

A outorga do título de doutor está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

Curitiba, 22 de Agosto de 2018.

RODRIGO XAVIER LEONARDO
Presidente da Banca Examinadora

FLÁVIO MURILO TARTUCE SILVA
Avaliador Externo

GUSTAVO SAAD DINIZ
Avaliador Externo

MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO
Avaliador Interno

CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK
Avaliador Interno



AGRADECIMENTOS

Gostaria de oferecer meus sinceros agradecimentos ao meu orientador Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo, pelo auxílio e conselhos ao longo destes últimos anos. Também agradeço aos colegas e amigos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR pela acolhida e companheirismo.

Por fim, agradeço especialmente à minha família por toda a ajuda e apoio desde o início desta trajetória.

RESUMO

A comunhão é a titularidade plural de direitos. Trata-se de um instituto que é aplicado em diversas áreas do direito, tal como o direito de família, o direito das coisas e o direito de empresa. A construção teórica deste instituto decorreu da postura do Direito acerca das pluralidades, em especial das universalidades e do sujeito de direito. Neste trabalho investiga-se a comunhão unitária, que é a titularidade comum de um patrimônio separado, na perspectiva do direito empresarial. A análise segue a dogmática jurídica, em especial a teoria do fato jurídico para definir e dar os contornos teóricos do instituto. Demonstra-se, neste tocante, que a principal figura de comunhão unitária no direito empresarial decorre da sociedade em comum, cujo regime torna parte do patrimônio dos sócios especial e comum. A seguir, demonstra-se que a sociedade em comum trata-se de uma figura legalmente típica de comunhão unitária, inserida na lógica da governança hierárquica da Nova Economia Institucional. De outro lado, lança-se a hipótese que a comunhão unitária também pode decorrer de contratos legalmente atípicos, que seriam inseridos na lógica da governança híbrida, postulada pela Nova Economia Institucional. A finalidade central destes contratos atípicos que apresentam efeitos da comunhão unitária seria estimular a cooperação econômica das partes de forma horizontal e consensual. Por fim, conclui-se que existe uma lacuna legislativa e um déficit nos tipos legais que preveem os efeitos da comunhão unitária, o que dificulta a aplicação de seu regime nas relações contratuais criadas no mercado e deixa de criar instrumentos para a cooperação econômica das partes.

Palavras-chave: Comunhão unitária. Patrimônio. Economia. Direito empresarial.

ABSTRACT

Community (or *communio*) is defined as the plural ownership of rights. It is a legal concept that is applied in several legal branches, such as family law, property law and commercial law. The theoretical construction of this concept derived from the legal philosophy on pluralities, specially universalities and subjects. This thesis investigates communities as the common ownership of a separate patrimony in commercial law. The analysis is based on legal dogmatic, especially on the “legal fact theory”, to define and give the theoretical limits of this concept. Firstly, we demonstrate that the main form of communities in commercial law derive from common society regime that creates a separate and common patrimony between the partners. Secondly, we demonstrate that common societies are a legal type of communities, inserted in the logic of hierarchical governance of the New Institutional Economics. On the other hand, we suggest the hypothesis that communities may also derive from atypical contracts inserted in the logic of hybrid governance suggested by the New Institutional Economics. The main objective of these atypical contracts that create communities is to stimulate economic cooperation between parties in a horizontal and consensual matter. Lastly, we conclude that there is a legal gap and deficit in contract types that enforce the effects of communities, which in turn makes it harder for parties to stipulate these effects in contractual relations created in the market, making it more difficult for parties to enforce cooperation.

Key-words: Community. *Communio*. Property. Economy. Commercial Law.

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 – DEFINIÇÃO DE MARCOS BERNARDES DE MELLO SOBRE A ESFERA JURÍDICA	40
FIGURA 2 – DEFINIÇÕES DE WILLIAMSON SOBRE AS “CIÊNCIAS DA ESCOLHA E DO CONTRATO”	126

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. A COMUNHÃO EM RETROSPECTIVA.....	14
1.1 OBJETO DA INVESTIGAÇÃO: A PLURALIDADE NO DIREITO	14
1.2 A TENSÃO ENTRE O INDIVIDUAL E O UNIVERSAL	16
1.3 A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO SUBJETIVO E DO INDIVÍDUO PROPRIETÁRIO	23
1.4 AS UNIVERSALIDADES E A ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS UNITÁRIOS A CONJUNTO DE BENS.....	28
1.4.1 A universalidade e as tentativas de disciplinar sistematicamente a pluralidade de coisas	28
1.4.2 O ponto de confluência da tutela jurídica da pluralidade no Direito Privado brasileiro: as universalidades no Código Civil de 2002	34
1.5 A METODOLOGIA ADOTADA PARA A COMPREENSÃO DA COMUNHÃO NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO.....	38
1.5.1 Percurso teórico e metodológico do trabalho: a teoria do fato jurídico	39
1.5.2 Delimitação da análise: os efeitos da comunhão unitária em negócios jurídicos empresariais	44
1.5.3 Os pressupostos teóricos que configuram a comunhão: sujeitos de direito e esfera jurídica.....	45
2. O INSTITUTO DA COMUNHÃO UNITÁRIA	53
2.1 PREMISSAS TEÓRICAS PARA A COMPREENSÃO DA COMUNHÃO: A TEORIA DO PATRIMÔNIO	53
2.1.1 Breve exposição do percurso da teoria do patrimônio.....	53
2.1.2 O patrimônio na perspectiva da doutrina nacional	58
2.1.3 Os quadrantes do patrimônio: geral, especial, autônomo e coletivo	66
2.1.4 O ponto de contato entre o patrimônio especial e a comunhão: a referência ao patrimônio coletivo	68
2.2 COMUNHÃO UNITÁRIA E COMUNHÃO SIMPLES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.....	73
2.2.1 A comunhão como pluralidade subjetiva de direitos	73
2.2.2 A fundamental distinção entre comunhão simples e comunhão unitária	82
2.2.3 A eficácia da comunhão e da personalidade jurídica: as fronteiras entre generalidade, autonomia e especialidade patrimonial.....	91
2.3 OS FUNDAMENTOS LEGAIS E EFEITOS DA COMUNHÃO UNITÁRIA	97
2.3.1 As regras jurídicas e estruturas da comunhão unitária: sociedade em comum, fundos de investimento e parceria	97

2.3.2	A comunhão unitária e o contrato plurilateral interno e externo: os fundos de investimento	105
2.3.3	Administração e disposição do patrimônio comum e dissolução da comunhão	110
3.	A EFICÁCIA DA COMUNHÃO UNITÁRIA E OS MODELOS DE GOVERNANÇA	117
3.1	O PROBLEMA: A COMUNHÃO UNITÁRIA PODE SER CRIADA EM NOSSO ORDENAMENTO POR RELAÇÕES CONTRATUAIS TÍPICAS E ATÍPICAS	117
3.1.1	O tipo contratual e o pensamento tipológico como forma de compreensão do regime da comunhão unitária	119
3.1.2	Os tipos societários e a comunhão unitária: tipos fechados e taxatividade	126
3.1.3	A hipótese: a atribuição de efeitos jurídicos da comunhão unitária aos modelos de governança híbrida dos contratos como forma típica de tutela da cooperação econômica pelo ordenamento privado brasileiro	130
3.2	AS CONTRIBUIÇÕES DO <i>LAW AND ECONOMICS</i> PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO PRIVADO	133
3.2.1	As premissas da do <i>Law and economics</i> e da Nova Economia Institucional	133
3.2.2	As formas de governança e os contratos na Nova Economia Institucional	139
3.2.3	Os modelos de governança definidos quanto ao grau de cooperação: mercado, híbridos e hierárquicos	145
3.4	TIPOS CONTRATUAIS E VINCULAÇÃO FUTURA DAS PARTES: AS FRONTEIRAS ENTRE A COOPERAÇÃO ECONÔMICA E A ORGANIZAÇÃO	151
3.4.1	A hierarquia como efeito típico do negócio jurídico plurilateral organizativo: contratos societários formam estruturas organizacionais a partir do índice de tipos legais	151
3.4.2	A comunhão unitária como mecanismo de cooperação econômica sem criação de estruturas hierárquicas: as figuras típicas e atípicas da comunhão unitária	154
3.4.3	A insuficiência de regras com previsão legal para afetação (especificação) de patrimônio comum e de tipos legais de contratos de colaboração	157
	CONCLUSÃO	161
	REFERÊNCIA.....	165

INTRODUÇÃO

A comunhão é um instituto do direito privado que atribui efeitos singulares a situações em que um direito ou patrimônio indivisos encontram-se na titularidade de mais de um sujeito de direito. Existem situações nas quais a indivisão recai sobre uma coisa, o que se denomina de comunhão simples, situações que não se confundem com a comunhão, pois na realidade existe uma pluralidade de direitos com sujeitos únicos. De outro lado, a comunhão unitária decorre de indivisão da relação jurídica, isto é, da indivisão de um patrimônio. É a comunhão unitária que apresenta os efeitos próprios de comunhão, isto é, de um só direito com diversos sujeitos.

Para se configurar a comunhão unitária, esses direitos não podem ser divisíveis ou individualizáveis a ponto de reduzirem sua titularidade a um só sujeito.

Os efeitos da comunhão unitária podem ser resumidos na administração consensual e coletiva do patrimônio, o princípio da sub-rogação real e a indivisibilidade da relação jurídica. Esses elementos asseguram que um só comunheiro não pode dispor de um bem sem haver um prévio consenso dos demais.

Os efeitos da comunhão unitária têm como objetivo a proteção de um bem jurídico ou valor específico: a cooperação econômica. Os princípios da indivisibilidade, da sub-rogação real e da administração consensual da comunhão implicam no predomínio das finalidades coletivas em detrimento dos interesses individuais. Estes efeitos são adequados para a proteção da cooperação, em diversas configurações e contextos.

A comunhão é um instrumento de proteção à cooperação econômica, servindo para estabilizar e perenizar relações jurídicas patrimoniais. O exemplo central em nosso ordenamento é a sociedade em comum. Esse tipo societário vincula elementos de governança hierárquicos (contrato social, regras hierárquicas de administração e formação de vontade e capacidade de ação externa) com elementos não hierárquicos (a comunhão unitária na esfera interna da sociedade), respectivamente no plano interno e externo¹ do contrato plurilateral.

¹ Em síntese, os planos interno e externo dos contratos plurilaterais disciplinam as relações e efeitos da sociedade entre os sócios de um lado, e, de outro lado, perante terceiros (especialmente por força da personalidade jurídica). ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 426 e 431.

A sociedade em comum é, portanto, o exemplo típico de comunhão em nosso ordenamento. Para além do direito societário, pode-se também admitir a criação de figuras atípicas de comunhão unitária. Isso é, a criação de contratos sem previsão legal expressa que tenham como efeitos a especialização e a comunhão de dado patrimônio. Esses contratos atípicos terão como característica as figuras híbridas de governança, isto é, não horizontalizadas e não hierarquizadas tal como nos contratos societários.

Neste estudo investiga-se a vocação da comunhão unitária como eficácia típica de modelos contratuais societários e também como efeito derivado de contratos atípicos, nos quais o bem jurídico ou valor principal a ser tutelado é a cooperação econômica. Ao final, conclui-se que a comunhão tem importantes funções de estimular a cooperação econômica entre os titulares, mas se mostra atualmente insuficiente para cumprir esses pressupostos, notadamente pela escassez de previsões legais que possam conferir segurança jurídica a esses arranjos contratuais.

Atribui-se esta insuficiência à ausência de uma tipicidade legal (tipos contratuais legais) de contratos de colaboração (ou associação) em nosso ordenamento que autorizem e modulem os efeitos da comunhão unitária para atingirem efeitos práticos mais benéficos à cooperação entre as partes.

Nosso ordenamento não contempla uma série de contratos híbridos, tal como a parceria, a sociedade de investimento pura e os contratos constitutivos de *trusts*. Sem a devida previsão do ordenamento reduz-se a possibilidade de criarem patrimônios especiais em comunhão e também se reduz a capacidade das partes de modular os efeitos da comunhão em seus negócios.

CAPÍTULO 1: A COMUNHÃO EM RETROSPECTIVA

1.1 OBJETO DA INVESTIGAÇÃO: A PLURALIDADE NO DIREITO

A investigação das origens da comunhão no direito não é tarefa simples. A construção teórica em torno da comunhão foi realizada por meio de abstrações conceituais que tocam inúmeros ramos do direito privado, tornando-a uma categoria relevante para inúmeras situações privadas.

O instituto da comunhão, na forma como o compreendemos hoje, somente surgiu na chamada “pandectística” (*usus modernus pandectarum*), que elaborou com maior densidade e rigor técnico os conceitos fundamentais do direito privado, que dariam a definição atual do patrimônio e sujeito de direito². De outro lado, as primeiras normas jurídicas que fizeram uso do instituto da comunhão (na formatação que usamos hoje) somente surgiram nas primeiras codificações modernas, em especial no Código Civil Alemão³.

O instituto da comunhão, pela sua relativa generalidade, foi adaptado e utilizado em diversos ramos do direito, tal como o direito das coisas, das obrigações, matrimonial e sucessões.

Pietro Perlingieri, utilizando-se da categoria da co-titularidade (que compreenderia a comunhão, o condomínio, o co-crédito, o co-usufruto e a co-servidão) explica que esta categoria descreve uma ligação estrutural entre uma pluralidade de sujeitos, mas não explica o conteúdo dos direitos que são comuns:

De outro ponto de vista, pode-se notar que a titularidade, além de simples – quanto o interesse pertencente ou toca (*spetta*) a um sujeito –, é por vezes complexa. [...] A noção de co-titularidade exprime o perfil estrutural da ligação entre uma pluralidade de sujeitos e um interesse. A co-titularidade, como noção, é útil apenas para exprimir estruturalmente o fenômeno, mas não para individuar seu conteúdo, que será determinado, a cada vez, em relação à concreta ordem de interesses⁴.

² WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2004. p. 227.

³ PEREIRA, Cássio Frederico Gonçalves e Marinho. **A comunhão e o problema dogmático do patrimônio coletivo** – Um estudo à luz do patrimônio comum dos cônjuges, da herança e da sociedade em comum. 165 f. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 41.

⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 112.

A razão da pluralidade das “fontes” e conceitos que levaram ao conceito de comunhão diz respeito ao elemento central deste instituto: a pluralidade. Comunhão em sua definição mais geral pressupõe uma pluralidade subjetiva⁵. Isto significa que a comunhão pressupõe que haverá a titularidade de mais de um sujeito em relação a uma mesma coisa ou direito.

Por esta razão, a investigação retrospectiva da comunhão é em grande parte a observação de como o direito lidou com a pluralidade e a universalidade ao longo do tempo. O pensamento e a postura do direito frente à pluralidade não se concentram somente no instituto da comunhão, mas sim permeiam todo o ordenamento e pensamento jurídico⁶.

Assim, na sequência serão abordadas três “perspectivas” diferentes de transformações pelas quais o pensamento jurídico apresentou posturas diferentes e singulares acerca da pluralidade no direito. É importante salientar que as três “perspectivas” abordadas não tem a conotação de descrever uma verdadeira evolução ou sequência histórica, mas sim demonstrar como ideias e valores diferentes tiveram maior ou menor proeminência em determinados contextos e momentos.

Essa postura visa evitar leituras históricas e historiográficas inadequadas ou enviesadas e também a evitar que os processos históricos sejam tratados como mecanismos evolutivos ou progressivos, sem a adequada pesquisa empírica.

A primeira perspectiva adotada é a tensão entre o individual e o universal, que decorreu de debates em torno do Direito Romano e Medieval, que marcaram uma postura antagônica em relação à existência dos universais. O debate jurídico primordial nesta perspectiva foi a possibilidade de existência de coisas e seres coletivos, isso é, com existência distinta daquela de seus elementos constituintes. Como explica António Manuel Hespanha: “É com ela – e com uma célebre querela

⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 422.

⁶ Importante salientar que não se deve confundir a questão da pluralidade com o pluralismo jurídico. O pluralismo jurídico pode significar o reconhecimento de normas de vários âmbitos e níveis que surgem na sociedade e também o contexto histórico (mais proeminente no Medieval) em que diversas ordens jurídicas conviviam no mesmo espaço social. A dimensão de pluralidade aqui investigada, de outro lado, diz respeito somente aos institutos jurídicos que tem em seu cerne (ou “natureza”) uma dimensão metaindividual, que os destacam da lógica do individualismo liberal que será mais a frente investigada.

filosófica, a questão ‘dos universais’ – que se põe em dúvida se não é legítimo, na compreensão da sociedade, partir do indivíduo e não dos grupos”⁷.

A segunda perspectiva é a consolidação do indivíduo e do direito subjetivo, que ocorre na modernidade a partir das primeiras codificações liberais e marca a centralidade do individualismo e dos direitos subjetivos no direito privado. Neste momento os institutos jurídicos se polarizam em torno de uma postura filosófica e um contexto social que colocam o indivíduo e a liberdade e vontade humana em seu cerne. É neste contexto que surgem as codificações modernas, que fazem uso do prisma da propriedade universal e exclusiva para pensar todo o direito privado. Nesse momento houve uma retração nas formas de tutela da pluralidade, prevalecendo a tipicidade dos direitos (em especial dos direitos reais) demonstrando a marcante característica do individualismo do direito moderno.

A terceira perspectiva revela-se no instituto da universalidade, que releva-se um dos principais mecanismos de tutela da pluralidade no direito. Isso é evidente no fato que a *universitas* do direito romano foi a fonte tanto para a tutela da pluralidade de bens (*universitas rerum*) quanto da pluralidade de pessoas (*universitas personarum*)⁸. De outro lado, o instituto da universalidade veio a ocupar, no atual Código Civil, um papel central na compreensão do patrimônio e da comunhão, ao fazer uso do referencial do complexo de relações jurídicas com conteúdo econômico para a constituição de universalidades de direito.

Na sequência essas três perspectivas serão investigadas de forma mais profunda. O objetivo central será compreender como a pluralidade, ideia central à comunhão, em suas diversas acepções e dimensões, foi pensada e utilizada pelo direito.

1.2 A TENSÃO ENTRE O INDIVIDUAL E O UNIVERSAL

A primeira perspectiva busca retratar um período no qual o pensamento jurídico estava em ampla transição, motivado por uma tensão filosófica entre o “individual” e o “universal”. O contexto deste período é a tentativa de retomada das

⁷ HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 111.

⁸ PALMIERI, Elio. Verbete: “Universitas (Diritto Romano)”. In: AZARA, Antonio. e EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Turim, Vione Tipografico, 1957. v. XX. p. 122.

fontes romanas em um contexto medieval muito distinto e profundamente marcado pela teologia católica.

A investigação de obras sobre o “direito romano” muitas vezes apresenta institutos que potencialmente seriam análogos de categorias jurídicas atuais. Dois destes institutos apresentam uma noção inerente de pluralidade: a *communio incidens* e as universalidades.

O primeiro conceito desenvolvido pelo Direito romano foi o instituto da *communio incidens*. Esse instituto era marcado pela proximidade com os efeitos do condomínio e do contrato de sociedade. Diferentemente da sociedade, a *communio incidens* não decorreria da convenção entre as partes, mas de um fato material ou dispositivo legal, criando entre os “comunheiros” o direito de repartição das vantagens e prejuízos resultantes da coisa comum e a obrigação de reembolso das despesas com a coisa comum⁹.

Na definição de Moreira Alves a *communio incidens* decorreria de “quase contratos” entre as pessoas, sendo seus efeitos obrigacionais a divisão de prejuízos e vantagens e o reembolso de despesas com a coisa comum. Estas obrigações seriam reguladas de forma semelhante com o contrato de sociedade¹⁰.

O segundo conceito que também denota o elemento da pluralidade são as universalidades, que se destinavam a categorizar as espécies das coisas. A literatura romanista aponta a existência de três categorias de coisas: coisas simples, compostas e universalidades. Esta tripartição seria própria da filosofia helênica, que influenciou o pensamento romano¹¹.

A fonte da tripartição das categorias de coisas decorre da filosofia estoíca grega, que teorizou tanto as bases éticas quanto físicas do mundo. Nesta corrente filosófica existiriam dois princípios inerentes às realidades corporais: a matéria e o espírito. No pensamento transcendental do estoicismo o espírito representaria a coisa como parte do *animus* universal do mundo, que seria a essência que permeia a coisa de natureza¹².

⁹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. V.2. p. 221.

¹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. V.2. p. 221.

¹¹ BONFANTE, Pietro. **Corso di diritto romano**: La proprietà, parte I. Milano: Dott. A Giuffrè editore, 1966. v.2. p. 122.

¹² BONFANTE, Pietro. **Corso di diritto romano**: La proprietà, parte I. Milano: Dott. A Giuffrè editore, 1966. v.2. p. 122-123.

A *universitas* do Direito romano posteriormente influenciou diversos institutos contemporâneos, tanto no campo do direito societário (pelo instituto da *universitas personarum*) quanto no campo do direito das coisas (pelo instituto da *universitas rerum*)¹³. As universalidades e sua função no direito civil contemporâneo serão melhor expostas adiante.

O elemento em comum entre essas construções jurídicas romanas é a tentativa de incorporar ao pensamento jurídico a pluralidade, em especial para fins de dar um tratamento jurídico unificado a conjuntos de bens e coletividades, de modo independente de seus elementos singulares.

A construção teórica da *communio* e da *universitas*, entretanto, não foi instantânea. As “fontes” romanas longe de apresentarem conceitos delimitados e coesos serviu mais como um referencial para construções teóricas e argumentativas posteriores, que permearam inúmeros períodos e contextos históricos.

Pode-se afirmar que foram as características do Direito romano, mais do que regras jurídicas completamente definidas, que influenciaram de modo mais marcante o pensamento jurídico posterior. Essas características eram a sua dimensão patrimonial calcada no individualismo econômico, que privilegiavam a concentração proprietária, que polarizava os institutos e conceitos jurídicos:

A segunda face (e o segundo modelo) tinha como base o fato de os juristas romanos não terem sido personagens isolados em seu tempo, mas, ao contrário, bem inseridos e envolvidos no tecido político romano e na sua classe dirigente. As suas arquiteturas e as suas categorias formalizavam uma civilização que valorizava ao máximo grau a sua dimensão do ter fundada sobre o patrimônio e portanto sobre a apropriação, marcada por um forte individualismo econômico. O seu saber é, de fato, prevalentemente civilista, voltado a trazer uma ordem rigorosa no terreno de propriedade e direitos reais, contratos e obrigações, testamentos, legados e sucessões legítimas. A abstração de suas categorias e de suas invenções formais, fixadas num fundo patrimonialista assim caracterizado, privilegia substancialmente o abastado e proprietário. Como tais, constituíram para a futura era burguesa, isto é, era do predomínio econômico e depois também político da ordem burguesa ascendente (sécs. XVI-XIX), um precioso suporte técnico-jurídico, com um revigoramento da mensagem romano-clássica, apesar da enorme distância temporal de mais de um milênio. E não sem fundamento, da parte de juristas socialmente comprometidos, o direito romano será identificado com um instrumento de conservação social¹⁴.

¹³ PALMIERI, Elio. Verbete: “Universitas (Diritto Romano)”. In: AZARA, Antonio. e EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Turim, Vione Tipografico, 1957. v. XX. p. 122.

¹⁴ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 40-41.

Feitas essas ressalvas, pode-se afirmar que direito romano não conheceu um instituto idêntico à comunhão. Alguns autores romanistas chegaram a defender que havia uma forma de comunhão de aquestos ou um patrimônio comum dos cônjuges¹⁵. Entretanto, essas formatações não deram origem ao conceito de comunhão como compreendemos hoje, mas sim deram lugar a regimes de bens análogos à participação final nos aquestos¹⁶.

Em contraposição ao direito romano surgiu um discurso sobre o direito germânico, que teria fundamentos distintos. No que diz respeito à pluralidade, foi a propriedade germânica que representou um contraponto ao modelo individual de apropriação romana. O direito derivado das fontes germanas teria consagrado uma apropriação comunal do solo pelo grupo social, que tradicionalmente repartiam entre os clãs as terras aráveis¹⁷.

A contraposição entre as heranças “romanas” e “germanas”, recuperadas pela doutrina contemporânea, não explicam integralmente a postura do direito sobre a coletividade. Em verdade, as construções do *Corpus Iuris* foram reinterpretadas na Baixa Idade Média por juristas ligados à Igreja (canonistas) e seculares (glosadores), levando em conta fontes mais amplas (direito local) e maior atenção às controvérsias sociais, econômicas e políticas da época. Estas duas tradições romperam com o formalismo estreito das fontes romanas e desdobraram-se no *Jus Commune* e em inovações ao Direito Canônico¹⁸.

Como ressalta Franz Wieacker, esse novo compromisso prático dos juristas, aliado a novas formas dialéticas de interpretação das fontes potencializaram a ampliação ou alteração do sentido de muito dos institutos do direito romano. Como descreve o historiador alemão: “Os conciliadores entraram então em despique com os

¹⁵ PEREIRA, Cássio Frederico Gonçalves e Marinho. **A comunhão e o problema dogmático do patrimônio coletivo** – Um estudo à luz do patrimônio comum dos cônjuges, da herança e da sociedade em comum. 165 f. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 26 e 34.

¹⁶ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2004. p. 83.

¹⁷ GILISEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 5. ed. Coimbra: Fundação Calouste Goulbenkian, 2008. p. 637.

¹⁸ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2004. p. 82.

canonistas na criação de novas figuras jurídicas, o que transformou as duas disciplinas em precursores da moderna dogmática do direito privado”¹⁹.

É importante salientar que o direito comum e o direito canônico não eram correntes estanques e antagônicas. Pelo contrário, estas duas dimensões do direito conviviam entre si e com outras tradições jurídicas, sendo mais predominantes em relações à matéria (religião ou comércio, por exemplo)²⁰.

O ponto mais marcante deste fértil terreno de inovação jurídica, no que diz respeito à pluralidade, é a polêmica filosófica em torno dos universais, que foi o embate entre os filósofos estoicos e aristotélicos. Este embate ocorreu a partir do Século XII e se desenvolveu por longo período, tendo sido influenciado pelos principais filósofos e teólogos do período.

De fato, não houve um debate direto entre os principais pensadores envolvidos na polêmica, mas sim a sucessão de “escolas” e influências filosóficas dos principais autores e seus adeptos, sendo que ao longo do tempo pode-se constatar o predomínio de uma ou outra corrente. Por essa razão, os principais pensadores envolvidos na polêmica são geralmente considerados Santo Agostinho e São Tomás de Aquino de um lado e Duns Scotto e Guilherme de Ockham de outro²¹.

São Tomás, com fundamento da filosofia de Aristóteles, reconhece primeiramente uma realidade para os indivíduos, e, em segundo lugar, considera igualmente reais os “universais”. Isto significa que os gêneros e espécies, tal como “o animal”, “o homem” e “o cidadão”, não são apenas conceitos, mas tem existência real fora do pensamento humano²².

Nesta concepção, o mundo exterior não seria somente composto de singulares e indivíduos, mas também inclui um sistema de relações acima dos

¹⁹ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2004. p. 83.

²⁰ “O próprio direito comum não era único. Pois, ao lado do direito comum geral, existiam direitos comuns especializados, referentes a certas matérias. Tal é o caso do direito canônico, que era comum em matérias atinentes à religião, ou o direito mercantil (*lex mercatoria*), que era comum no que respeitava à regulação da atividade mercantil. E, como veremos a seguir, o direito dos reinos podia chegar a reclamar a dignidade de direito comum, dentro do reino. Entre estes direitos comuns, nem tudo era harmonia, existindo entre eles princípios contraditórios”. HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 155.

²¹ HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 111.

²² VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 227.

indivíduos. Tudo isto existe de forma independente do intelecto da pessoa que descobre as coisas²³.

Esta postura filosófica foi acolhida pela ideia de direito natural, que se fundava sobre a ideia aristotélica do ser humano como centro do universo, sendo tanto o cosmos quanto a cidade frutos dessa ordem centrada no ser humano²⁴. O ideal das ordens “naturais” era profundamente pertinente no pensamento medieval, que afirmava um caráter natural da constituição da sociedade, na qual a organização social dependeria da “natureza das coisas”²⁵.

O nominalismo surgiu em parte como combate a essas ideias e superação desta ordem de ideias²⁶. Guilherme de Ockham inaugura uma nova corrente filosófica, denominada de “via nova” (ou via moderna). Essa nova corrente filosófica deu origem à segunda posição da polêmica sobre os universais: o nominalismo²⁷.

A objeção do nominalismo contra a filosofia aristotélica inicia-se na oposição teológica dos pensadores franciscanos contra os universais. A teologia franciscana rejeitava profundamente a noção de ordem natural fixa independente do intelecto humano, pois afronta o dogma da onipotência divina e nega o milagre e a ação direta de Deus sobre a vontade individual²⁸.

Na concepção do nominalismo somente os indivíduos existiriam, isto é, somente Pedro, Paulo, aquela árvore seriam substância. De outro lado, os universais seriam apenas signos linguísticos, nomes que servem para dar conotação a vários fenômenos singulares. Assim, o único conhecimento perfeito e adequado ao real seria o do individual²⁹.

²³ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

²⁴ VILLEY, Michel. **Leçons d'histoire de la philosophie du droit**. 9. ed. Paris: Dalloz, 1962. p. 51-52.

²⁵ HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 102.

²⁶ Michel Villey chega até mesmo a atribuir à hegemonia do nominalismo e desprestígio da escolástica a censura dos trabalhos de Aristóteles pela Igreja. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 263-264

²⁷ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 223.

²⁸ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 228.

²⁹ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 229-230.

O nominalismo atacava, portanto, a ideia de universais, afirmando que eram somente “nomes” externos à essência, isto é, sem a intermediação do intelecto humano teríamos indivíduos nus, incaracterísticos, intermutáveis, abstratos, gerais e iguais³⁰.

A postura individualista adotada pelo nominalismo não só teve um profundo impacto no direito privado, mas também no direito público e na teoria política. Como explica António Hespanha:

Esta laicização da teoria social e a colocação do indivíduo no seu centro – um indivíduo genérica e abstratamente definido, igual, livre e sujeito a impulsos naturais, tem consequências centrais para a compreensão do poder. A partir daqui, o poder não pode mais ser tido como fundado numa ordem objetiva das coisas. Vai ser concebido como fundado na vontade. [...] ³¹

As inovações filosóficas e políticas do nominalismo implicaram em profundas mudanças na forma do pensamento medieval. Ele coincidiu com um momento de transição em que a dialética deu lugar à lógica formal dedutiva como meio de conhecimento do mundo real³².

Michel Villey atribui diretamente ao nominalismo a criação da ideia do direito subjetivo, que seria mais refinada na modernidade. As características fundamentais do direito subjetivo, tal como o individualismo e primazia da vontade individual, já estariam presentes na filosofia nominalista. Villey assim sintetiza o pensamento nominalista: “Uma vez que a única realidade é o indivíduo, a fonte de toda a ordem do direito, só pode ser a vontade e o poder de um indivíduo e, primeiro, desse ser individual ao qual todos os homens estão submetidos, a pessoa divina”³³.

A polêmica sobre os universais vem a influenciar também institutos do direito privado, em específico a construção da ideia de universalidades. O conceito de universalidades é presente até hoje em nosso ordenamento, divididas em universalidades de fato e de direito.

A polêmica em torno das universalidades repercutiu também em obras posteriores, menos ligadas ao pensamento canônico e à Igreja. O principal exemplo é

³⁰ HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 111.

³¹ HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 113.

³² VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 124.

³³ VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 284.

a definição de propriedade na obra de Hugo Grócio. Grócio dividiu a propriedade em duas categorias: a propriedade comum e a propriedade individual³⁴.

Esta divisão conceitual da propriedade representava um dos eixos centrais da obra de Grócio. Para o autor originalmente só existiria a propriedade comum, que foi sendo apropriada legitimamente por particulares. A propriedade individual, assim, decorreria da propriedade coletiva³⁵.

A ideia de propriedade comum como o estado inicial da propriedade foi influenciada pelo pensamento estoico e pelos juristas clássicos tardios, fortemente ligada à ideia de propriedade dos povos. A ideia de propriedade comum tinha ainda uma segunda importante função na obra de Grócio. Esse autor buscava retomar a ideia de propriedade originária comum no âmbito do comércio marítimo internacional, o que seria fundamental para os objetivos comerciais das nações mercantilistas da época³⁶.

Na obra e contexto histórico-social de Grócio o pensamento sobre os universais já convivia com um novo contexto: o surgimento dos estados nacionais e do território como espaços de definição do direito³⁷.

Como se observa, a posição da pluralidade no direito no pensamento jurídico romano e medieval estava intimamente ligada a debates filosóficos mais basilares que teriam influência não só no direito, mas também no pensamento político, econômico e social da época. Por isto, o retrato desta primeira perspectiva é a transitoriedade e a tensão entre duas posturas antagônicas: o individualismo e os universais.

1.3 A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO SUBJETIVO E DO INDIVÍDUO PROPRIETÁRIO

A segunda perspectiva adotada retrata em especial o contexto das codificações modernas. Essa idade das codificações iniciou-se no final do Século

³⁴ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2004. p. 328.

³⁵ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2004. p. 328-329.

³⁶ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2004. p. 329.

³⁷ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 63.

XVIII e foi marcado por codificações que se distinguiam das anteriores pelos valores políticos e sociais nelas inscritas e também pela nova técnica legislativa adotada³⁸.

Os códigos modernos tinham em comum uma pretensão sistemática, de contemplar de forma coerente todo o ordenamento. Seus elementos comuns eram: i) a simplificação do sistema jurídico; ii) a racionalização do direito; iii) a tendência à exaustão da regulação de dado âmbito jurídico³⁹.

O contexto da codificação é profundamente conexo à ideia de sistema. A ascensão da noção de “sistema” implica o afastamento da “filosofia” como forma de se pensar as figuras jurídicas. O sistema, neste contexto, serviria para “aperfeiçoar a unidade interior” do direito⁴⁰. Esse aperfeiçoamento do direito internamente ao sistema jurídico significa que se esperava que o direito fosse explicado pela sua própria lógica interna, sem necessidade a recorrer-se a outras ciências ou métodos de estudo⁴¹.

Esta metodologia própria da ideia de sistema tinha como contexto a luta contra o sistema medieval e às tradições e costumes pautados na vontade divina e na justificação teológica. A nascente modernidade afastava-se radicalmente do pensamento medieval para supervalorizar a figura do ser humano, que deteria uma racionalidade ilimitada⁴².

Na observação de António Manuel Hespanha:

Perdida – ou atenuada – a referência a uma ordem social natural, estabelece-se a nova ideia de que os vínculos e a disciplina sociais são factos artificiais. Correspondem ao acordo de indivíduos conscientes das suas limitações e que concluíram, racionalmente, que apenas poderiam viver numa comunidade organizada segundo uma ordem política que permitisse a cada um superar essas limitações. A vontade passa a ser, assim, a única fonte da disciplina política e civil. Embora o voluntarismo radical seja temperado pela

³⁸ TIMM, Luciano Benetti. ‘Descodificação’, constitucionalização e reprivatização no direito privado: o código civil ainda é útil? **RIDB**, a. 1, n. 10, Lisboa, 2012. Disponível em: <<https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012>>. p. 6421.

³⁹ TIMM, Luciano Benetti. ‘Descodificação’, constitucionalização e reprivatização no direito privado: o código civil ainda é útil? **RIDB**, a. 1, n. 10, Lisboa, 2012. Disponível em: <<https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012>>. p. 6422-6423.

⁴⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Trad. José Sousa de Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 2-3.

⁴¹ ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. **Codificação e não codificação: do paradigma moderno ao direito de empresa**. 2014. 139 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 27/03/2014. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/35346>>. Acesso em: 21 jun. 2018. p. 37.

⁴² ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. **Codificação e não codificação: do paradigma moderno ao direito de empresa**. 2014. 139 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 27/03/2014. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/35346>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

ideia – diversamente formulada – de que esta vontade há de ser guiada pela razão⁴³.

Essa nova visão do direito foi profundamente influenciada pelo pensamento cartesiano, que definia o homem como um ser racional e livre, isto é, cuja vontade não poderia ser limitada. Assim, o pensamento cartesiano é caracterizado por: “A sua racionalidade, ou capacidade de pensar, era o que permitia intuir a sua existência como sujeito pensante; e esta existência aparecia, intuitivamente, como isolada, livre de quaisquer limites, autodeterminada”⁴⁴.

A primazia da vontade, no pensamento de Decartes, também significava a primazia do racionalismo. Isto, pois a combinação de razão e vontade, os dois atributos principais do indivíduo, é que permitiriam chegar-se à liberdade. De outro lado, a liberdade seria a capacidade de dominar as paixões e agir conforme os ditames da razão⁴⁵.

Como se observa, o advento da modernidade traz consigo uma mudança na postura filosófica que se traduz no racionalismo. No terreno jurídico-político isto significa que os instrumentos conceituais e axiomas são construídos com pretensões científicas, isto é, antimetafísicas. Thomas Hobbes, como exemplo, confere ao indivíduo a posição de uma categoria epistemológica, que por sua vez colide com a ideia de comunidade que era dominante no pensamento medieval. Como explica Simone Goyard-Fabre, “Tudo isso diz respeito ao conceito de direito, que agora só pode ser problematizado no âmbito de uma concepção da natureza humana”⁴⁶.

A modernidade e suas perspectivas filosóficas ganharão espaço definitivo no Direito após a Revolução Francesa, no momento da criação das codificações modernas. A influência da filosofia moderna e, em especial, da consolidação do sistema capitalista dá ao Código Civil Francês dois alicerces fundamentais: a

⁴³ HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 314.

⁴⁴ HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 315.

⁴⁵ HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 315.

⁴⁶ GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 46.

liberdade e a propriedade. Ela significou a substituição das relações de dominação do Medievo pelas relações contratuais livremente consentidas entre homens iguais⁴⁷.

Imersos neste novo contexto os doutrinadores do Século XVII e XVIII, dizendo que estavam recuperando as fontes antigas do direito, na verdade estavam criando institutos jurídicos essencialmente novos⁴⁸. Isso ocorreu por uma consciente incorporação do pensamento subjetivista aos institutos fundamentais da nova codificação.

A influência principal ocorreu por conta da Revolução Francesa, que promulgou a “Declaração dos Direitos dos Homens”, cujo art. 17 afirmava que a propriedade seria um direito inviolável e sagrado⁴⁹. Essa noção absoluta e abstrata de direito proprietário deu à codificação francesa um de seus aspectos mais marcantes: o individualismo proprietário. Importante salientar que o individualismo proprietário é marcado especialmente pela propriedade de bens imóveis: “Sua principal preocupação é com os interesses dos proprietários de bens imóveis. Praticamente ignora os interesses das pessoas jurídicas, das associações e mesmo da família”⁵⁰.

Como explica Carlos Pianovski Ruzyk:

[...] Nesse texto, Sieyès revela claramente que a ‘garantia superior’ contra qualquer violação que aquela Constituição assegura à propriedade é fundada no fato de que a propriedade sobre os ‘objetos exteriores’ (propriedade real) nada mais é do que uma ‘extensão da propriedade pessoal’. Esta, a seu turno, é a propriedade sobre o próprio corpo e sobre as próprias ações – e, portanto, da força de trabalho. Prossegue Sieyès vinculando propriedade e liberdade: é livre aquele que tem a segurança de não ser perturbado no exercício de sua ‘propriedade pessoal’ e no uso de sua ‘propriedade real’⁵¹.

Para além da adoção radical do individualismo, o direito moderno foi bastante marcado pelo discurso proprietário, em especial pautado nas fórmulas rígidas da propriedade imobiliária. Uma das primeiras escolhas inscritas na codificação moderna

⁴⁷ ARNAUD, Andre Jean. **Les origines doctrinales du code civil français**. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1969. p. 178.

⁴⁸ ARNAUD, Andre Jean. **Les origines doctrinales du code civil français**. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1969. p. 184.

⁴⁹ ARNAUD, Andre Jean. **Les origines doctrinales du code civil français**. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1969.

⁵⁰ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 34.

⁵¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 87.

foi a exclusividade da apropriação individual dos bens, afastando-se a possibilidade de apropriação comunitária ou coletiva⁵².

O nascimento das categorias jurídicas da propriedade, direitos subjetivos e titularidade exprimem não só uma nova forma de organização econômica, diversa daquela do medievo, e da ascensão de uma nova classe social, mas também denotam uma nova organização política da sociedade.

Esse direito fundado no liberalismo ético-político, tem teor de direito-liberdade, isto é, corresponde à “vontade de salvaguardar a integridade da pessoa humana diante do poder público”⁵³. Nesta perspectiva o direito de propriedade é fundamentalmente uma limitação à autoridade estatal, que não pode violar os direitos do indivíduo.

A primazia do individualismo e da liberdade individual virão a compor o conteúdo do direito subjetivo. E especial, o direito subjetivo servirá como uma garantia da liberdade do homem frente ao Estado: “[...] O direito subjetivo vai servir, então, de garantia à liberdade do homem: liberdade diante do Estado e liberdade como autonomia”⁵⁴.

No mesmo sentido, explica António Manuel Hespanha:

Foi esta concepção individualista e voluntarista (que também tem repercussões na teoria das fontes de direito, ao identificar o direito com a vontade do poder, expressa nas leis) que se substituiu à construção aristotélico-tomista do direito privado como ordem objetiva, baseada na natureza das coisas, e que, já no nosso tempo, sofreu o embate das concepções institucionalizadas. Foi também ela que modelou os conteúdos dos códigos civis do século, bem como uma boa parte dos nossos manuais de direito privado⁵⁵.

Em conclusão, a segunda perspectiva demonstra que o advento da modernidade consolidou os ideais do individualismo, em detrimento da pluralidade. Isto se deu com bastante intensidade no direito, já que as categorias jurídicas

⁵² CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: (uma análise do ensino do direito de propriedade). Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 97.

⁵³ GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. XXXVI.

⁵⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: (uma análise do ensino do direito de propriedade). Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 54-55.

⁵⁵ HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012. p. 321-322.

passaram a focar com muita intensidade na vontade e propriedade individuais, dando a este período sua conotação marcadamente individual e subjetivista.

1.4 AS UNIVERSALIDADES E A ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS UNITÁRIOS A CONJUNTO DE BENS

A terceira e última perspectiva refere-se à criação e desenvolvimento do instituto jurídico da universalidade. Esse instituto marca um ponto de tensão fundamental no qual se denota tanto a influência filosófica em respeito aos universais e também à tentativa de conciliação da tutela da pluralidade em um sistema jurídico moderno marcado pelo indivíduo e pelo individualismo.

Nesse tópico será primeiro explicada formação e o pensamento doutrinário sobre as universalidades e, na sequência, será abordada a peculiar mudança que esse instituto sofreu no direito brasileiro por conta do Código Civil de 2002.

As universalidades são o ponto de entrada para a discussão sobre a comunhão. Em primeiro lugar, pois a universalidade é um dos principais institutos que são utilizados para a compressão do patrimônio e dos patrimônios separados. E, em segundo lugar, pois a universalidade é um dos institutos que podem conferir a uma relação jurídica uma pluralidade de titulares, formando-se assim uma comunhão unitária.

1.4.1 A universalidade e as tentativas de disciplinar sistematicamente a pluralidade de coisas

A universalidade é o derradeiro instituto jurídico que delimitou a forma com o Direito desenvolveu o tratamento da pluralidade. As universalidades denotam uma realidade que sempre estará presente na base de toda ordem jurídica, ao que se afirma que é uma categoria fundamental⁵⁶. Sua função é a de conferir tutela jurídica unitária a uma pluralidade de bens.

⁵⁶ VILLELA, João Baptista. Revisitando as universalidades. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles**. Org. António Menezes de Cordeiro, et. all. Coimbra: Almedina, 2003. v. 4. p. 23.

No direito romano a universalidade não era um regime único, compreendendo diversas situações distintas. Nas fontes romanas o regime da *universitas* decorria de institutos como o *universitas fundi*, e também da *universitas agrorum* (um território da *civitas*) e também um complexo de terrenos⁵⁷.

O termo *universitas* foi usado no direito romano para designar uma totalidade, seja como um complexo ou uma “unidade complexa”, nas quais a totalidade transcende os elementos singulares. O instituto da *universitas* era utilizada para tratar de três situações diferentes. Primeiro, para dar autonomia a um grupo de pessoas que se unem para uma finalidade comum, atribuindo a elas um centro autônomo de interesses (*universitas personarum*). Segundo, para tratar das coisas corpóreas complexas, que são constituídas de coisas simples (*universitas rerum*). E, terceiro, para tratar dos complexos patrimoniais, que podem ser constituídos de coisas corpóreas e incorpóreas (*universitas iuris*)⁵⁸.

A *universitas* é um instituto decorrente exclusivamente do poder proprietário. Ela é uma agregação de bens móveis com características semelhantes. De outro lado, no Direito romano também existia um instituto “fronteiriço”, a *reivindicatio gregis*, que é a pluralidade de reivindicações conjuntas e cumuladas. A função desse segundo instituto era possibilitar uma ação única em relação propriedade como se fossem ações plurais⁵⁹.

Nas fontes romanas havia uma disputa entre o *dominium gregis* e o *dominium ovium*. O *dominus gregis* é o proprietário de todos os animais de uma propriedade, enquanto o *dominus aedis* seria o proprietário de todos os materiais que compõem a propriedade. Essas formas distintas de exercício dos poderes proprietários indicavam como o Direito romano se portava em relação ao conjunto de bens que em geral “orbitavam” a propriedade principal⁶⁰.

A universalidade tinha uma função semelhante, que era permitir que os poderes proprietários sobre o complexo de bens não afastem a incidência dos direitos

⁵⁷ PALMIERI, Elio. Verbete: “Universitas (Diritto Romano)”. In: AZARA, Antonio. e EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Turim, Vione Tipografico, 1957. v. XX. p. 122.

⁵⁸ PALMIERI, Elio. Verbete: “Universitas (Diritto Romano)”. In: AZARA, Antonio. e EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Turim, Vione Tipografico, 1957. v. XX. p. 122.

⁵⁹ RASCIO, Rafaella. Verbete: “Universalità patrimonili”. In: AZARA, Antonio. e EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Turim, Vione Tipografico, 1957. v. XX. p. 105.

⁶⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Usucapione della proprietà industriale**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1938. p. 44.

proprietários sobre os bens singularmente considerados⁶¹. Isso é, os direitos que o sujeito detinha sobre o conjunto (*universitas*) não excluía seus poderes proprietários sobre os bens individualmente considerados.

Por isso, no Direito romano fazia-se referência à reivindicação universal (*vindicatio universalis*), que é somente uma simplificação especial, que não tolhe a efetiva pluralidade da reivindicação conjunta⁶².

Foi essa dinâmica das *universitas*, de conferir um tratamento unificado a um conjunto de bens sem excluir sua singularidade, que deu a característica do instituto contemporâneo da universalidade.

No direito contemporâneo o termo “universalidade” também apresentou diversos significados e sentidos ao longo do tempo, designando uma pluralidade de fenômenos. A universalidade tutelou situações profundamente diversas e heterogêneas, marcadas por elementos comuns ou unificantes. Como exemplos temos os rebanhos, o estabelecimento, o patrimônio da associação, a herança, entre outros⁶³.

Por essa razão não é sempre possível encontrar uma definição segura de universalidade, especialmente na comparação entre sistemas jurídicos diferentes, pois essa figura depende de diversos ambientes sociais e inúmeros impulsos que consideram de forma unitária um conjunto de coisas⁶⁴. Outro fator que também muitas vezes dificulta uma precisa definição desse instituto é o fato que a disciplina da universalidade se desenvolveu menos pela interpretação literal das normas pertinentes, sendo mais influenciada pelas finalidades econômicas e sociais que veio a preencher⁶⁵.

É possível, entretanto, delimitar seus elementos fundamentais: o comportamento humano, a criação de uma ligação funcional entre as coisas e a

⁶¹ CARNELUTTI, Francesco. **Usucapione della proprietà industriale**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1938. p. 44.

⁶² RASCIO, Raffaella. Verbete: “Universalità patrimonili”. In: AZARA, Antonio. e EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Turim, Vione Tipografico, 1957. v. XX. p. 96.

⁶³ TRIMARCHI, Mario. Verbete: “Universalità di Cose” In: CALASSO, Francesco. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. v. XLV. p. 801.

⁶⁴ TRIMARCHI, Mario. Verbete: “Universalità di Cose” In: CALASSO, Francesco. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. v. XLV. p. 808.

⁶⁵ RASCIO, Raffaella. Verbete: “Universalità patrimonili”. In: AZARA, Antonio. e EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Turim, Vione Tipografico, 1957. v. XX. p. 96-97.

produção no plano econômico e jurídico de uma nova utilidade que não era atendida pelas coisas isoladamente consideradas⁶⁶.

Para se constituir uma universalidade é necessário um ato de destinação, necessariamente produzido pelo proprietário ou titular das coisas. Isso é, uma declaração simples do sujeito de conferir uma destinação unitária a coisas idôneas, de modo a criar uma nova utilidade (*nova utilitas*) para essas coisas. As coisas não precisam ser necessariamente homogêneas no plano natural, mas sua utilidade quando reunidas em conjunto deve ser distinta da sua utilidade individual⁶⁷.

Dentro dessa lógica, a universalidade encontra seu sentido na unificação funcional que se amolda à situação subjetiva dos elementos singulares⁶⁸. As várias figuras de universalidade têm em comum entre si a mutação dos seus componentes individuais. Na atual interpretação, os elementos ganham uma nova oportunidade de valoração jurídica (*sub specie iuris*)⁶⁹.

A universalidade é um “centro jurídico independente”, que não gera personificação nem criação de um novo sujeito de direito, como ocorre com a personalidade jurídica. Por essa razão, a universalidade encontra sua lógica não na criação de novos sujeitos de direito, mas na possibilidade de conferir relevância ao conjunto de bens diversa dos bens singularmente considerados⁷⁰.

A doutrina como regra distingue a universalidade de fato e universalidade de direito. Parte da doutrina contemporânea considerou essa divisão criticável, pois somente atende a função dogmático-classificatória, não apresentado um substrato coerente e útil⁷¹.

A universalidade de fato é comumente definida como o conjunto de coisas formadas pelo homem com uma destinação econômica unitária de vários elementos,

⁶⁶ TRIMARCHI, Mario. Verbete: "Universalità di Cose" In: CALASSO, Francesco. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. v. XLV. p. 809.

⁶⁷ TRIMARCHI, Mario. Verbete: "Universalità di Cose" In: CALASSO, Francesco. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. v. XLV. p. 806.

⁶⁸ RASCIO, Raffaella. Verbete: "Universalità patrimonili". In: AZARA, Antonio. e EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Turim, Vione Tipografico, 1957. v. XX. p. 99.

⁶⁹ RASCIO, Raffaella. Verbete: "Universalità patrimonili". In: AZARA, Antonio. e EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Turim, Vione Tipografico, 1957. v. XX. p. 104.

⁷⁰ RASCIO, Raffaella. Verbete: "Universalità patrimonili". In: AZARA, Antonio. e EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Turim, Vione Tipografico, 1957. v. XX. p. 96.

⁷¹ TRIMARCHI, Mario. Verbete: "Universalità di Cose" In: CALASSO, Francesco. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. v. XLV. p. 802.

que conservam sua individualidade jurídica. Assim, a universalidade representa um objeto de direito autônomo em relação aos vários elementos que a compõem⁷².

A universalidade de fato se diferencia das diversas formas de reunião da pluralidade de coisas. Primeiro, não se confunde com os bens compostos, pois nesses a identidade física dos elementos constitutivos se dissolve na coisa composta (ex. o carro, o colar de pérolas, etc). Segundo, não se confunde com agregações nas quais os elementos individuais não têm o mesmo valor econômico (como a pilha de grãos ou o enxame de abelhas). Terceiro, não se confunde com o agrupamento não homogêneo de coisas sem definição de nova utilidade (como os móveis de um local). E, quarto, não se confunde com situações transitórias como flores ou frutas de uma propriedade⁷³.

Outro fator de diferenciação da universalidade de outros tipos de agrupamento de bens ocorre pois a universalidade modifica o regime jurídico aplicável ao conjunto. Em outras formas de agrupamento em geral existe uma relação de subordinação entre as coisas. Já na universalidade o agrupamento coloca as coisas no mesmo plano⁷⁴.

A universalidade também não se confunde com a coisa composta. Na coisa composta o bem singular perde sua individualidade e se torna parte do novo bem. Ela só recupera sua individualidade se o novo bem for desfeito ou desmembrado. A universalidade, de outro lado, a coisa singular não perde sua individualidade, pois é agregada artificialmente para uma finalidade específica⁷⁵.

O tipo de homogeneidade existente entre os elementos da universalidade também traz importantes consequências. Primeiro, a homogeneidade pode decorrer da idêntica natureza dos elementos, tal como nos rebanhos de animais. Segundo, a homogeneidade pode implicar em uma corporalidade, quando os elementos se dissolvem no conjunto, mas se mantém uma materialidade. E, terceiro, a

⁷² RASCIO, Rafaelle. Verbete: "Universalità patrimonili". In: AZARA, Antonio. e EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Turim, Vione Tipografico, 1957. v. XX. p. 95.

⁷³ RASCIO, Rafaelle. Verbete: "Universalità patrimonili". In: AZARA, Antonio. e EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Turim, Vione Tipografico, 1957. v. XX. p. 101.

⁷⁴ TRIMARCHI, Mario. Verbete: "Universalità di Cose" In: CALASSO, Francesco. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. v. XLV. p. 811.

⁷⁵ TRIMARCHI, Mario. Verbete: "Universalità di Cose" In: CALASSO, Francesco. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. v. XLV. p. 811.

universalidade pode cumprir a heterogeneidade quando os elementos são de natureza diversa e estão reunidos caoticamente⁷⁶.

Dessa forma, a universalidade de fato seria mero produto do arbítrio humano, sem que os seus elementos tenham uma homogeneidade. Em contraposição, na universalidade de direito os bens necessariamente teriam uma homogeneidade entre si⁷⁷. A universalidade de direito, também se distinguiria por ser um conjunto de coisas e de direitos, não só um conjunto de coisas corpóreas, tal como a universalidade de fato⁷⁸.

Na universalidade de direito são reunidos elementos de várias naturezas em torno de uma única finalidade (*iura et corpora*). Originalmente tratavam-se os elementos da universalidade de direito como um bloco homogêneo de puro direito⁷⁹.

A doutrina brasileira em geral define a universalidade de direito como o “complexo de relações jurídicas que a lei considera unitariamente”⁸⁰. Em geral afirma-se que a linha de diferenciação entre as universalidades de fato é que o elemento que dá unicidade ao todo é a vontade (razão) humana nas universalidades de fato e a norma jurídica nas universalidades de direito. Os exemplos principais de universalidade de direito seriam os patrimônios especiais, a herança, etc.

Como se mencionou, a relevância das universalidades é a sua aptidão de conferir um tratamento jurídico único a uma coletividade de bens, possibilitando a convivência de direitos diferentes em relação ao conjunto e os bens singulares.

Os direitos incidentes aos bens individuais não são incompatíveis com os direitos em relação à universalidade. Isso, pois a universalidade gera uma nova utilidade que a distingue dos seus componentes individuais. De outro lado, quaisquer ônus, servidões ou limitações aos bens individuais deverão ser respeitados na disposição da universalidade⁸¹.

⁷⁶ RASCIO, Rafaelle. Verbete: “Universalità patrimonili”. In: AZARA, Antonio. e EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Turim, Vione Tipografico, 1957. v. XX. p. 102.

⁷⁷ RASCIO, Rafaelle. Verbete: “Universalità patrimonili”. In: AZARA, Antonio. e EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Turim, Vione Tipografico, 1957. v. XX. p. 102.

⁷⁸ PALMIERI, Elio. Verbete: “Universitas (Diritto Romano)”. In: AZARA, Antonio. e EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Turim, Vione Tipografico, 1957. v. XX. p. 122.

⁷⁹ RASCIO, Rafaelle. Verbete: “Universalità patrimonili”. In: AZARA, Antonio. e EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Turim, Vione Tipografico, 1957. v. XX. p. 99.

⁸⁰ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 327.

⁸¹ TRIMARCHI, Mario. Verbete: “Universalità di Cose”. In: CALASSO, Francesco. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. v. XLV. p. 811-812.

As universalidades podem constituir objeto de direitos e deveres obrigacionais e, em caráter excepcional, de direitos e pretensões reais⁸². Admitem-se também as intra-universalidades, isso é, universalidades formadas internamente a uma universalidade⁸³.

A amplitude das universalidades permite que sejam criadas em torno de uma destinação econômica heterogênea, sendo geralmente denominadas de universalidades mistas. Essas universalidades, na verdade, representam o fato que a elas podem ser constituídas pela autonomia da vontade, não existindo uma tipicidade estrita a ser atendida⁸⁴.

Em conclusão, a melhor forma de se compreender a universalidade é pela análise dos elementos de seu suporte fático, que são quatro. Primeiro, a universalidade compreende objetos de direito e não sujeitos de direito. Segundo, é necessária a existência de coisas com existência individual no plano físico e jurídico. Terceiro, o agrupamento das coisas não é de tipo material-estrutural, mas sim funcional. E, quarto, o agrupamento, por ser funcional, não afeta totalmente a individualidade das coisas que formam a universalidade⁸⁵.

1.4.2 O ponto de confluência da tutela jurídica da pluralidade no Direito Privado brasileiro: as universalidades no Código Civil de 2002

A doutrina em especial os autores italianos, se posicionam criticamente em relação à divisão entre universalidades de fato e de direito. Em especial critica-se a universalidade de direito, afirmando-se que dificilmente apresenta uma distinção relevante em relação à universalidade de fato⁸⁶.

⁸² VILLELA, João Baptista. Revisitando as universalidades. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles**. Org. António Menezes de Cordeiro, et. all. Coimbra: Almedina, 2003. v. 4. p. 24.

⁸³ VILLELA, João Baptista. Revisitando as universalidades. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles**. Org. António Menezes de Cordeiro, et. all. Coimbra: Almedina, 2003. v. 4. p. 25.

⁸⁴ VILLELA, João Baptista. Revisitando as universalidades. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles**. Org. António Menezes de Cordeiro, et. all. Coimbra: Almedina, 2003. v. 4. p. 26-27.

⁸⁵ TRIMARCHI, Mario. Verbete: "Universalità di Cose" In: CALASSO, Francesco. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. v. XLV. p. 803.

⁸⁶ RASCIO, Rafaelle. Verbete: "Universalità patrimoniali". In: AZARA, Antonio. e EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Turim, Vione Tipografico, 1957. v. XX. p. 96.

Essa postura não pode ser reproduzida acriticamente em relação ao Direito brasileiro. O Código Civil Brasileiro promulgado em 2002 expressamente utilizou a distinção entre universalidade de fato e de direito nos artigos 90⁸⁷ e 91⁸⁸. Ao deliberadamente fazer uso da distinção entre a universalidade de fato e de direito o Código Civil pátrio criou nos contornos para a universalidade, tornando esse instituto o cerne da tutela da pluralidade no direito privado contemporâneo.

Para se compreender essa nova dinâmica da universalidade, primeiro, deve-se pensar sobre os contornos dessas duas normas.

A primeira questão fundamental reside especialmente nas universalidades de fato, que é se a universalidade deve obrigatoriamente estar sob a propriedade de um mesmo sujeito. O Código Civil Brasileiro de 2002 faz uso da expressão “pertinentes à mesma pessoa”⁸⁹. Um dos mais antigos problemas teóricos é a possibilidade de existência de dualidade de direitos concorrentes em relação à universalidade e seus elementos singulares⁹⁰.

A questão da titularidade da universalidade é um problema normativo pelo exato termo utilizado no Código Civil. A terminologia utilizada “pertinentes à mesma pessoa” tem sentido técnico menos preciso do que “titularizados” ou “de propriedade”. O problema é a compatibilidade lógica dessa regulação do conjunto de bens com os outros valores do ordenamento⁹¹.

Nesse sentido, o ato de destinação permite que o proprietário, dentro dos seus poderes próprios, faça uso de sua autonomia privada para estipular o tipo de gozo do conjunto de bens. De outro lado, é necessário observar se o ordenamento admite a forma de gozo estipulada pelo titular, seja em relação a um indivíduo ou a vários⁹².

⁸⁷ Código Civil Brasileiro de 2002. Art. 90. Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária.

Parágrafo único. Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias.

⁸⁸ Código Civil Brasileiro de 2002. Art. 91. Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico.

⁸⁹ VILLELA, João Baptista. Revisitando as universalidades. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles**. Org. António Menezes de Cordeiro, et. all. Coimbra: Almedina, 2003. v. 4. p. 28-29.

⁹⁰ VILLELA, João Baptista. Revisitando as universalidades. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles**. Org. António Menezes de Cordeiro, et. all. Coimbra: Almedina, 2003. v. 4. p. 30.

⁹¹ TRIMARCHI, Mario. Verbete: "Universalità di Cose" In: CALASSO, Francesco. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. v. XLV. p. 807.

⁹² TRIMARCHI, Mario. Verbete: "Universalità di Cose" In: CALASSO, Francesco. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. v. XLV. p. 807.

Duas teorias tentam compreender como os direitos podem conviver na esfera individual e coletiva, em relação aos bens e à universalidade. Essas teorias são a teoria unitarista e a dualista.

A primeira corrente, unitarista, fez uso da filosofia Estóica e sua divisão do gênero das coisas: coisas que existem em um só corpo (homem, pedra, etc), coisas formadas pela reunião de diferentes partes unidas entre si (edifício, navio, etc), e coisas formadas *ex distantibus* (universalidades). Para essa corrente, sempre que o vínculo entre as coisas fosse *ex distantibus* haveria também um corpo totalmente novo⁹³.

Já a segunda corrente, a teoria dualista defendia que cada corpo individual que integra a universalidade se dissolve dentro dela. A propriedade sobre o bem individual ficaria em estado de repouso pelo tempo que dure a sua integração ao conjunto⁹⁴. Essa concepção foi bastante criticada, pois afastar os direitos proprietários dos elementos da universalidade inibiria sua destinação econômica e social. Ademais, essa lógica não seria aplicável a todas as formas de universalidade, em especial na pessoa coletiva, já que os sócios não perdem seus direitos ao se unirem em uma universalidade de pessoas⁹⁵.

A segunda questão fundamental sobre as universalidades reside na particular redação do art. 91 do Código Civil de 2002, que configurou as universalidades de direito como “complexo de relações jurídicas”.

Essa escolha legislativa, de associar a universalidade de direito à complexos de relações jurídicas dotados de valor econômico sob a titularidade de pessoa, trouxe ao instituto da universalidade um potencial maior do que a mera reunião de bens, por seu titular, sob uma nova utilidade.

A associação entre a universalidade de direito à relação jurídica já havia sido objeto de estudo por Sylvio Marcondes, membro da comissão que redigiu o anteprojeto do Código Civil de 2002. Esse autor ligou a universalidade de direito a

⁹³ VILLELA, João Baptista. Revisitando as universalidades. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles**. Org. António Menezes de Cordeiro, et. all. Coimbra: Almedina, 2003. v. 4. p. 30-31.

⁹⁴ VILLELA, João Baptista. Revisitando as universalidades. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles**. Org. António Menezes de Cordeiro, et. all. Coimbra: Almedina, 2003. v. 4. p. 31.

⁹⁵ VILLELA, João Baptista. Revisitando as universalidades. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles**. Org. António Menezes de Cordeiro, et. all. Coimbra: Almedina, 2003. v. 4. p. 32.

“complexo de relações jurídicas” que seriam “unificadas” por força da imposição legal da universalidade:

Conjugando afinidades desses conceitos, com o objetivo de anotar os elementos componentes da figura da *universitas juris*, de modo a confrontá-la com a *universitas facti*, nos requisitos já verificados, parece acertado concluir que a universalidade de direito: 1º., é um complexo de relações jurídicas ativas e passivas; 2º., é formado por força de lei; 3º., para a unificação das mesmas relações⁹⁶.

Os estudos de Sylvio Marcondes parecem ter influenciado o instituto da universalidade no Código Civil de 2002, em especial a contraposição entre a universalidade de fato e de direito fundada na ideia de conjuntos de direitos e de objetos de direitos:

(...) Considerando-as sob êsse foco, parece possível delimitá-las numa concisa noção elementar: a *universitas juris* é um conjunto de direitos (relações ativas e passivas), enquanto a *universitas facti* é um conjunto de objetos de direito⁹⁷.

No Código Civil de 2002 tanto a universalidade de fato quanto a universalidade de direito apresentam uma redação aberta, que não parece excluir a possibilidade, dos sujeitos, por sua autonomia privada, criarem universalidades a partir de seus bens ou de suas relações jurídicas.

Os efeitos que emanam da universalidade de direito dependem da forma e função para a qual foi criada. Como explica Milena Donato Oliva, existe um princípio de reconhecimento relativo das universalidades, que implica que nem sempre um dado complexo de relações jurídicas deverá ser considerado uma universalidade:

Daí sustentar Domenico Barbero a existência do *princípio do reconhecimento relativo das universalidades*, que tem as seguintes consequências fundamentais: (i) a circunstância de um determinado complexo ser reconhecido como universalidade em determinada relação jurídica não impõe que o deva ser nas demais, e (ii) o fato de um determinado complexo de bens não ser considerado como universalidade em uma relação jurídica não significa que não poderá ser assim considerado nas demais⁹⁸.

Observa-se aqui o espaço de autonomia privada criado pela legislação, que autoriza a criação de universalidades pelos titulares dos bens e das relações jurídicas.

⁹⁶ MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 81.

⁹⁷ MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 83.

⁹⁸ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 127.

Isso implica na possibilidade de criação de patrimônios separados sem necessidade de adesão a uma tipicidade estrita, enquanto a criação de patrimônios autônomos exige uma prévia previsão legal (princípio da taxatividade das pessoas jurídicas).

É possível, por isso, ponderar-se sobre a possível “despositivização” das universalidades, isso é, um menor apego conceitual em relação às hipóteses legalmente típicas de universalidade, abrindo-se maior espaço para a criação de universalidade pela autonomia privada. Isso seria uma forma de privilegiar a universalidade em seu estado “pré-jurídico”, ou seja, de fortalecer as realidades sociais nas quais existem elementos materiais associado a um elemento funcional que dão destinação unitária aos elementos⁹⁹.

Em conclusão, a mudança legislativa trazida pelo Código Civil de 2002 trouxe à universalidade de direito inúmeras novas potencialidades, em especial por conta da particular escolha legislativa de associar esse instituto à teoria da relação jurídica. Por essa razão, o ponto de partida para a compreensão da comunhão no direito privado pátrio contemporâneo será pelo conteúdo das universalidades – pela teoria da relação jurídica e do patrimônio.

1.5 A METODOLOGIA ADOTADA PARA A COMPREENSÃO DA COMUNHÃO NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

O estudo da comunhão depende da adoção de uma metodologia e marcos teóricos próprios. O enfoque deste estudo será na formatação dogmática da comunhão, o que exige referenciais precisos. Em especial, a opção metodológica desse trabalho foi realizada em função dos próprios enunciados normativos do Código Civil de 2002.

Como se observou, a universalidade de direito no atual sistema legal é marcada pelo conceito de relação jurídica (complexo de relações jurídicas) demonstrando uma proximidade e pertinência do núcleo conceitual desse instituto com a teoria do fato jurídico.

⁹⁹ VILLELA, João Baptista. Revisitando as universalidades. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles**. Org. António Menezes de Cordeiro, et. all. Coimbra: Almedina, 2003. v. 4. p. 40-41.

Por esta razão, adota-se a Teoria do Fato Jurídico como o marco teórico central, que servirá como suporte para as interpretações e análises realizadas. Neste tópico serão explicitadas as premissas deste referencial teórico.

1.5.1 Percurso teórico e metodológico do trabalho: a teoria do fato jurídico

Neste capítulo o objetivo central será realizar uma análise dogmática do instituto da comunhão. Para tal será adotado como referencial teórico e metodológico a teoria do fato jurídico. A partir deste norte serão desenvolvidas as análises das normas e das teorias que dão os contornos e operabilidade da comunhão no direito brasileiro.

Dentre as diversas teorias do fato jurídico, adota-se aquela que foi originariamente desenvolvida por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda¹⁰⁰ e posteriormente sistematizada na obra de Marcos Bernardes de Mello¹⁰¹. Essa construção teórica foi profundamente influenciada pela doutrina estrangeira referente ao negócio jurídico e à teoria da norma construídas na primeira metade do século XX. A historiografia tende a classificar o pensamento do qual surge esta teoria de “positivismo sociológico”¹⁰².

A teoria é obra de esforço científico¹⁰³ e lógico¹⁰⁴, que busca analisar as proposições jurídicas e determinar “o que entra e não entra no mundo jurídico”¹⁰⁵. A

¹⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 1-5.

¹⁰¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁰² HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 477.

¹⁰³ No prefácio de estudo precursor ao **Tratado de Direito privado** o autor insere sua ideia de ciência como uma separação do direito e da moral: “Em livro que pretende tratar cientificamente o direito não posso vir discutir se é justo ou injusto tal ou qual preceito. Esta questão não teria nenhum sentido para mim. Em sciencia, todas as proposições, inclusive as de lógica, ficam sujeitas a inevitável restrição, que resulta da relatividade dos fatos ou realatividade objetiva: nas circunstancias taes ou taes”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Systema de sciencia positiva do direito: introdução à sciencia do direito**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1922. V.1. p. XXIII.

¹⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Systema de sciencia positiva do direito: introdução à sciencia do direito**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1922. V.1. p. 13.

¹⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Systema de sciencia positiva do direito: introdução à sciencia do direito**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1922. V.1.

teoria do fato jurídico é considerada um dos expoentes da sistematização da dogmática jurídica do direito privado.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. contextualiza filosoficamente a ideia de dogmática como uma contraposição à zetética. Enquanto a dogmática jurídica tem como problema central a decidibilidade dos conflitos¹⁰⁶, a zetética representa o questionamento dos objetos em todas as direções e por questões infinitas¹⁰⁷.

Assim, a teoria do fato jurídico é em verdade um conjunto de teorias que operam no campo dogmático reduzindo a complexidade inerente às relações sociais e humanas, possibilitando a prescrição de condutas abstratas e objetivas a conflitos concretos.

Mesmo autores críticos às contribuições da teoria do fato jurídico ao direito privado reconhecem ao menos dois méritos. O primeiro mérito da teoria seria o valor didático da teoria, que auxiliaria inegavelmente a “ordenar e estruturar o pensamento”¹⁰⁸. Já o segundo mérito da teoria seria o seu valor dogmático, que permitiria uma maior precisão e delimitação dos problemas do direito privado, em especial para distinguir situações limítrofes tais como a invalidade da ineficácia¹⁰⁹.

Os elementos distintivos da teoria do fato jurídico podem ser resumidos em três ideias centrais: a) o fato social (ou parcela dele) como suporte para a incidência da norma jurídica; b) a classificação do fato jurídico em diversas espécies (fato em sentido estrito, ato jurídico, negócio jurídico, etc.); c) a divisão do fenômeno jurídico em planos (existência, validade e eficácia)¹¹⁰.

A noção de suporte fático na teoria do fato jurídico descreve duas situações. A primeira trata-se da parte do enunciado normativo que descreve o fato (ou fatos)

¹⁰⁶ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2003. p. 90.

¹⁰⁷ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2003. p. 44.

¹⁰⁸ SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – Com especial referência à tricotomia ‘existência, validade e eficácia do negócio jurídico’. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 26, jan./abr., 2014.

¹⁰⁹ SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – Com especial referência à tricotomia ‘existência, validade e eficácia do negócio jurídico’. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 26, jan./abr., 2014.

¹¹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 27-28.

relevantes para sua incidência. Já a segunda é a referência ao próprio fato (em sentido material) que ocorre no mundo¹¹¹. É a partir do suporte fático que as normas incidem.

A incidência da norma ao suporte fático, por sua vez, representa o momento em que há uma aplicação do enunciado normativo aos fatos sociais, tornando-os fatos jurídicos, dos quais emanam efeitos jurídicos¹¹². Isto não é um expediente tão simples como pode a priori parecer. A vida e a ação humana são dotadas de imensa complexidade e circunstâncias que nem sempre captados pelo Direito. Por esta razão “a formação de um suporte fático apto a provocar a incidência da regra jurídica exige a convergência de diferentes fatores”¹¹³.

O efeito fundamental da incidência é a criação de um fato jurídico, isto é, um fato devidamente relevante no mundo jurídico¹¹⁴. De outro lado, o fato jurídico é uma categoria *lato sensu* que pode ser subdividido em fato jurídico ilícito e lícito. Ainda, os fatos jurídicos lícitos são divisíveis em fato jurídico em sentido estrito, ato-fato jurídico, e ato jurídico em sentido amplo. O ato jurídico em sentido amplo pode ainda ser subdividido em ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico¹¹⁵.

O critério distintivo de cada uma das subdivisões do fato jurídico depende da espécie de suporte fático que os constituem. Os suportes fáticos podem ser fatos naturais, independentes da conduta humana (fatos jurídicos sentido estrito); eles podem ser fruto de uma conduta humana em relação à qual a vontade do agente é irrelevante (ato-fato jurídico); ou podem ser fruto de condutas humanas para as quais a vontade é elemento fundamental (ato jurídico em sentido amplo, ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico)¹¹⁶.

De outro lado, o critério distintivo entre os atos jurídicos em sentido amplo dependem da possibilidade de escolha das categorias eficaciais. O ato jurídico tem seu suporte fático composto pela manifestação de vontade do indivíduo, mas não

¹¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 74.

¹¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 20.

¹¹³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 194.

¹¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 128.

¹¹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 157.

¹¹⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 158.

permite que este module os efeitos jurídicos do ato. Já o negócio jurídico também tem a autonomia privada em seu cerne, mas permite maior atribuição e escolha de efeitos jurídicos pelo sujeito¹¹⁷.

A incidência das normas jurídicas sobre um suporte fático suficiente inserem o fato jurídico no plano da existência¹¹⁸. Se o suporte fático for composto por um ato que dependa da vontade humana atinge-se o plano da validade, que é dependente dos elementos complementares do suporte fático relacionados ao sujeito, objeto ou forma do ato jurídico¹¹⁹. Por fim, o fato jurídico tem-se o plano da eficácia, que é o plano no qual os fatos jurídicos produzem seus efeitos¹²⁰.

Em suma, são estas contribuições que alçaram a teoria do fato jurídico a um dos mais prolíficos e prestigiosos modelos teóricos do direito pátrio. Em especial havia a consciência de sua preocupação com o mundo e as relações reais¹²¹. Todas estas categorias serão fundamentais para a investigação da comunhão.

Existem variadas críticas à teoria do fato como uma teoria geral do direito. Jan Peter Schmidt, em especial articulou críticas à ideia dos três planos (existência, validade e eficácia). Entre as objeções citadas estão o fato que o plano da eficácia é o único plano efetivamente relevante, que não existe um critério seguro para distinguir a nulidade da ineficácia e que a tricotomia tem caráter meramente descritivo, não explicitando seus fundamentos nem servido para prescrever soluções concretas¹²².

Marcos Bernardes de Mello teve a oportunidade de responder a essas críticas, apontando que o plano da existência é um pressuposto conceitual necessário para descrever o fenômeno jurídico em sua inteireza. Assim, apesar do plano da eficácia ser o mais comumente levado aos tribunais, ele é codependente do plano da

¹¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 188-189.

¹¹⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 195.

¹¹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 135.

¹²⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 136.

¹²¹ REALE, Miguel. **Discurso de recepção da Academia Brasileira de Letras**. 1979. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/academicos/pontes-de-miranda/discurso-de-recepcao>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

¹²² Estas críticas foram resumidas em importante trabalho de direito comparado: SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – Com especial referência à tricotomia 'existência, validade e eficácia do negócio jurídico'. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, jan./abr., 2014. p. 28-31.

existência. Isto, longe de ser uma mera abstração conceitual, está imbricado no próprio funcionamento das normas jurídicas. Para demonstrar cita célebres casos ocorridos na vigência do Código Civil Francês em que se reconheceu o plano da existência ao se ponderar que casamentos entre pessoas do mesmo sexo não poderiam ser considerados existentes já que não houve preenchimento do suporte fático necessário¹²³.

Mesmo tendo-se em conta as críticas formuladas à teoria do fato jurídico, é inegável seu valor e prestígio para a dogmática jurídica pátria. Sem o rigor da teoria do fato jurídico o instituto da comunhão torna-se impreciso e de difícil evidenciação, possibilitando equívocos na análise proposta.

Por isto, estes elementos da teoria do fato jurídico serão os fundamentos e limites metodológicos do presente trabalho. As regras jurídicas e seus efeitos aqui examinados serão analisados pelo prisma e pelas premissas da teoria do fato jurídico, traçando-se as conclusões a partir desta análise.

Pontes de Miranda¹²⁴ apresenta o roteiro necessário para que se atinja o objeto deste trabalho, a comunhão. A comunhão é uma categoria definida pela pluralidade de sujeitos titulares. Assim, antes do surgimento da pluralidade subjetiva dos direitos é necessário o surgimento dos efeitos da relação jurídica e, antes disso, do direito em si. Em outras palavras, antes que surja o efeito da comunhão, é necessário primeiro que um fato social tenha a incidência de uma norma, passando ao plano da existência, para depois irradiar sua eficácia em relação a dois ou mais sujeitos titulares.

O trabalho tomará como início a apresentação dos direitos patrimoniais e da teoria do patrimônio, sedimentando estes conceitos nucleares à comunhão. O próximo capítulo terá como início a exposição das teorias do patrimônio, para posteriormente analisar duas formulações diferentes de comunhão (comunhão simples e comunhão

¹²³ MELLO, Marcos Bernardes de. Breves considerações acerca da crítica de Jan Peter Schmidt à concepção de Pontes de Miranda dos planos do mundo jurídico. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**. Belo Horizonte, ano 5, n. 12, p. 190-191, maio/ago. 2016.

¹²⁴ “A noção fundamental do direito é a de fato jurídico; depois, a de relação jurídica; não a de direito subjetivo, que é já noção do plano dos efeitos; nem a de sujeito de direito, que é apenas termo da relação jurídica. Só há direitos subjetivos porque há sujeitos de direitos; e só há sujeitos de direito porque há relações jurídicas”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 19.

unitária). É a partir do patrimônio e dos direitos patrimoniais que o criam que a comunhão manifestará seus efeitos próprios e peculiares.

1.5.2 Delimitação da análise: os efeitos da comunhão unitária em negócios jurídicos empresariais

A segunda delimitação necessária antes da abordagem do tema são os limites da investigação do instituto¹²⁵ da comunhão. De plano, não serão examinados extensivamente todos os suportes fáticos ou fatos jurídicos (em sentido amplo) que podem apresentar a eficácia da comunhão.

Por se tratar de uma teoria que recobre a princípio qualquer direito passível de titularidade por mais de um sujeito, estas situações seriam inúmeras ao longo do ordenamento e demandariam estudo que abrangesse desde os direitos das coisas ao direito de família. A hipótese central deste estudo foca nos efeitos da comunhão unitária em negócios jurídicos empresariais.

O estudo terá como foco específico os casos de comunhão unitária criados pelo exercício da autonomia privada de dois ou mais indivíduos que especializam e unem parte de seus patrimônios em torno de um objetivo tipicamente econômico. Isto é, o enfoque da pesquisa serão os casos de comunhão unitária instituídos por negócios jurídicos empresariais, em especial por contratos empresariais e societários.

Este enfoque implicará na exclusão de diversas hipóteses evidentes de comunhão, tal como a herança (art. 1784 e ss. do Código Civil Brasileiro), dos regimes de bens matrimoniais (arts. 1658-1671 do Código Civil Brasileiro) e do condomínio do direito das coisas (arts. 1314 e ss). Os primeiros exemplos traduzem mais fielmente a noção de comunhão unitária. Já o condomínio é figura de comunhão simples.

Este recorte visa dar enfoque especial nas relações jurídicas criadas por autonomia privada por indivíduos que tem como escopo diferentes graus de cooperação econômica. Com base neste referencial serão exploradas as fronteiras entre os fatos jurídicos que geram a eficácia própria das sociedades personificadas e, reversamente, aqueles que geram os efeitos da comunhão unitária.

¹²⁵ “Por instituto jurídico entende-se o conjunto de normas legais que estabelecem a disciplina de uma série de relações jurídicas em sentido abstrato, ligadas por uma afinidade, normalmente de estarem integradas no mesmo mecanismo jurídico ou a serviço da mesma função”. PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. atualizada. Coimbra: Coimbra editora, 1999. p. 168.

A escolha da comunhão nos negócios jurídicos empresariais como objeto de análise ficará mais clara no Capítulo 3, no qual os efeitos da comunhão serão comparados aos modelos dos contratos instantâneos, híbridos e societários da Economia Institucional¹²⁶. A comparação destes modelos teóricos contratuais com a dogmática da comunhão unitária apontará uma vinculação do instituto com a cooperação e organização, possibilitando uma mais rigorosa compreensão da zona limítrofe entre a criação de hierarquias societárias e patrimônios especiais em comunhão.

1.5.3 Os pressupostos teóricos que configuram a comunhão: sujeitos de direito e esfera jurídica.

Para se atinja um caso de comunhão no direito privado é necessário que um direito ou conjunto de direitos sejam titularizados por mais de um sujeito de direito¹²⁷. Isto significa que em um dos polos da relação jurídica deverá haver necessariamente dois sujeitos distintos. Os efeitos desta pluralidade subjetiva na titularidade dos direitos recairão sobre as esferas jurídicas dos sujeitos, isto é, o conjunto de situações jurídicas (bens jurídicos) que tocam determinado sujeito¹²⁸.

Na lição de Marcos Bernardes de Mello, são os conceitos de sujeito de direitos e universalidade que configuram a esfera jurídica, que compõe tanto a esfera patrimonial e extrapatrimonial:

O conceito de esfera jurídica tem como elemento essencial a referência específica: (a) a sujeito de direito, não a pessoa, particularmente, porque diz respeito à titularidade de situação jurídica, o que não é exclusivo das pessoas, pois, será mostrado adiante, há mais sujeitos de direito do que pessoas, e (b) à universalidade de bens da vida que lhe tocam¹²⁹.

É esta íntima ligação entre o patrimônio e o seu titular que dará os contornos posteriores à comunhão unitária. Como mencionado anteriormente a comunhão se

¹²⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 52.

¹²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 421.

¹²⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 87.

¹²⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 89.

manifesta no plano da eficácia¹³⁰, como efeito jurídico típico da titularidade plural de um direito ou patrimônio. Desta forma, os efeitos da comunhão estarão presentes sempre que houver mais de um sujeito de direito na titularidade de um patrimônio geral ou especial.

A pluralidade de titulares significa que um dado patrimônio pertencerá em comum a dois ou mais sujeitos de direito. Como alerta Marcos Bernardes de Mello¹³¹ na citação acima, a pluralidade deve ser de sujeitos de direito, não de pessoas. Esta colocação é importante pois leva em consideração que existem entes não personificados que podem ser titulares de patrimônios, em comum ou não com outros titulares.

Deste modo, a comunhão será necessariamente uma categoria dinâmica, associada à forma como um direito repercute sobre a esfera jurídica de uma pluralidade de sujeitos. O presente estudo terá como preocupação central os direitos formados a partir de negócios jurídicos patrimoniais que apresentem eficácia e adesão à esfera patrimonial do sujeito.

Os sujeitos de direito são dotados de autonomia privada e capacidade para titularizar direitos e deveres¹³², bem como representam uma esfera autônoma de imputação própria e autônoma¹³³. Estes direitos são criados a partir do fato jurídico e, ao adentrarem o plano da eficácia, criam relações jurídicas que aderem respectivamente à esfera jurídica do sujeito de direito¹³⁴. Aqueles direitos que detém função econômica (excluídos os bens morais¹³⁵) são direitos patrimoniais e integram a esfera jurídica patrimonial do sujeito.

Ao atingirem o plano da eficácia os direitos podem assumir a forma de situações jurídicas básicas, unissubjetivas ou complexas. As eficácias complexas

¹³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 422.

¹³¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 89.

¹³² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 144.

¹³³ MARCONDES, Sylvio. **Questões de direito mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 248.

¹³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 282.

¹³⁵ Essencialmente bens jurídicos sem estimativa econômica, em geral emanados da própria personalidade humana. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 88.

podem ainda serem unilaterais ou multilaterais¹³⁶. As relações jurídicas são definidas pela eficácia e regulação de direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e situações de acionado, exceções e situações de executado¹³⁷. Desta forma, sempre se menciona a relação jurídica, refere-se a este conteúdo corresponsivo de posições jurídicas.

A construção da teoria do fato jurídico, na forma descrita por Marcos Bernardes de Mello¹³⁸, insere o patrimônio no plano da eficácia, compondo a esfera jurídica do sujeito de direito. A esfera jurídica seria composta de círculos concêntricos envoltos em torno de um dado sujeito de direitos, representativos dos diversos direitos que este sujeito de direito é titular.

A representação por meio de círculos concêntricos denota que cada esfera é composta pela precedente. O círculo mais próximo ao sujeito é composto por coisas, isto é, bens materiais passíveis de direito real de domínio. Já o segundo círculo, além de coisas, seria composto de bens imateriais passíveis de direito real de propriedade. O terceiro círculo seria composto dos bens materiais e imateriais somados aos direitos de crédito, representando todos os direitos patrimoniais do sujeito. Por fim, o quarto e último círculo é a esfera jurídica, que representa a totalidade dos direitos patrimoniais do sujeito, somando-se ainda os direitos extrapatrimoniais (aqueles não suscetíveis de valoração econômica)¹³⁹.

A esfera jurídica é representada graficamente da seguinte forma:

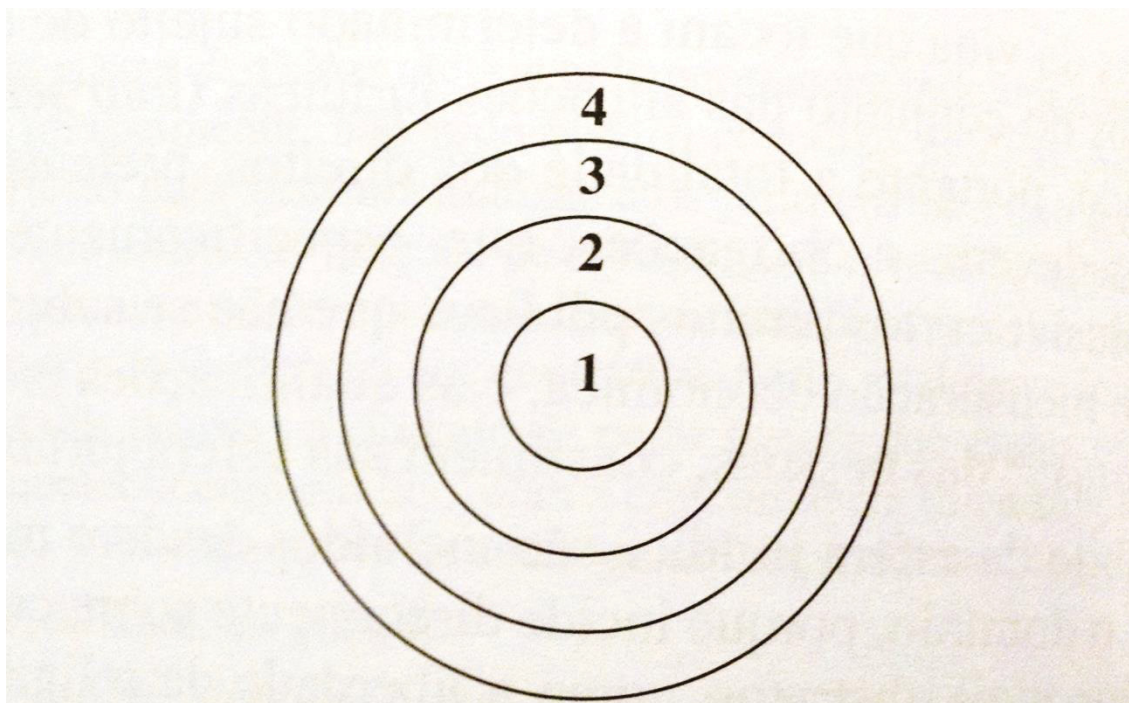
¹³⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43-44.

¹³⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 44.

¹³⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 88-89.

¹³⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 88-89.

FIGURA 1 – DEFINIÇÃO DE MARCOS BERNARDES DE MELLO SOBRE A ESFERA JURÍDICA¹⁴⁰



Essa forma de definição das situações jurídicas que compõem o plano da eficácia de dado sujeito de direito é bastante relevante, pois permite a diferenciação das esferas patrimoniais e extrapatrimoniais. Os direitos extrapatrimoniais¹⁴¹ serão excluídos da análise, pois são fundados em regras e valores distintos que necessitariam de enfoque diverso.

As esferas jurídicas, de outro lado, são protegidas pelo princípio da incolumidade das esferas jurídicas alheias¹⁴². Esse princípio implica na impossibilidade de se interferir na esfera jurídica alheia sem seu consentimento ou autorização legal. Trata-se de um corolário fundamental do direito privado, que impede que um ato ou ilícito seja imputado a uma pessoa sem devida previsão legal¹⁴³.

¹⁴⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 88.

¹⁴¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 223.

¹⁴² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 89.

¹⁴³ O historiador do direito Hans Hattenhauer aponta a necessidade do ordenamento em separar os direitos dos indivíduos na mesma medida que possibilite o tráfico jurídico entre as pessoas, mediante garantia de segurança e previsibilidade: "Los hombres desean separar su derechos de los ajenos, mantener tráfico jurídico entre sí e intercambiar sus mercacías. Desean alcanzar

De outro lado, a matriz conceitual das esferas jurídicas trazidas pela teoria do fato jurídico somente surgiu após uma gradual sofisticação da teoria da relação jurídica¹⁴⁴. O instituto do patrimônio, entretanto, foi conceitualmente centrado nas ideias de unidade e autonomia patrimonial, axiomas que implicam na intangibilidade e limitação da responsabilidade sobre os patrimônios dos sujeitos de direito¹⁴⁵.

A unidade patrimonial decorre dos axiomas que cada pessoa necessariamente tem um patrimônio e nenhuma pessoa pode ter mais que um patrimônio¹⁴⁶. Já a autonomia patrimonial é a pessoa responde apenas nos limites das situações ativas que compõem o patrimônio, sendo cada patrimônio estanque em relação aos outros (com exceção nos casos de sociedades personificadas de responsabilidade ilimitada)¹⁴⁷.

Estes axiomas surtiram especial influência sobre a teoria clássica (ou subjetiva) do patrimônio, que afirmava que o patrimônio é uma projeção e continuação da personalidade individual. A teoria subjetiva do patrimônio, por conta da vinculação subjetiva deste com a personalidade, postulava os seguintes princípios: a) somente as pessoas (naturais ou jurídicas têm patrimônio); b) todas as pessoas são titulares de um patrimônio; c) o patrimônio é intransmissível *inter vivos*; d) o patrimônio é unitário e indivisível¹⁴⁸.

O discurso proprietário¹⁴⁹ permeia estas construções teóricas, que tem como característica um excessivo individualismo. Isto se torna particularmente claro nos

resultados presivibles. Lo que hoy se origina com efectos jurídicos, deve valer también mañana e incluso después de la muerte de los copartícipes del Derecho actuantes. El trato de las personas entre sí y con las cosas debe tener eficacia duradeira. La estabilidad del orden jurídico se fundamenta em esta seguridad y en la consiguiente previsibilidad del comportamiento humano. [...]” HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil**. Barcelona: Editorial Ariel, 1987. p. 63.

¹⁴⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Introdução ao direito e parte geral do código civil**. 8. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 155-156.

¹⁴⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 86-87.

¹⁴⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

¹⁴⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 87.

¹⁴⁸ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 338.

¹⁴⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: (uma análise do ensino do direito de propriedade). Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 85-86. Um importante precursor que também observou o individualismo excessivo trazido pelos dogmas do iluminismo e a construção da autonomia da vontade: PEREIRA, Caio Mário da Silva. Tendências atuais do direito civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 247, n. 853/854/855, p. 69., jul./set., 1974.

modelos teóricos do patrimônio e suas ramificações sobre o direito das obrigações e direitos reais.

Conforme a lição de Luiz Edson Fachin, os elementos que deram os contornos históricos ao direito privado foram marcados pelo individualismo e patrimonialismo:

A abstração da figura do sujeito de direito, em tal tempo e contexto, também está diretamente conectada ao patrimonialismo: o centro do ordenamento de Direito Privado é o sujeito proprietário; e o sujeito proprietário, uma *persona* conceitual formalmente ao alcance de todos, que são, nesta configuração, iguais *perante* a lei. Este mito, porém, não tardaria em ser desvelado, necessitando as codificações de outros instrumentos de legitimação em face das demandas por igualdade *na* lei. A consolidação desse modelo – por meio do instrumento conceitual administrado pela construção da categoria da relação jurídica – foi levada a efeito pela Escola Pandectista alemã, na segunda metade do século XIX, positivando-se no BGB de 1900, modernizado em 2002 no lócus das obrigações.

Projetou-se também, em boa medida, no Código Civil de 1916, e dele não descurou o Código Civil de 2002. O Código Civil, em regra e em tal contexto, é mesmo obra de um pensamento estruturado (não raro, reconhecido como *estado de espírito*) emergente de um sistema de normas de direito privado que corresponde às aspirações de uma dada sociedade. Tais interesses expõem, na codificação, *eleições* de caminhos e dão sentido jurídico-econômico a essa *seletividade*.

Como a titularidade é um conceito nuclear desse arranjo jurídico, impende decodificar essa moldura que apreende a noção de esfera jurídica bipartida entre direitos reais e direitos pessoais. Há longínquas raízes dessa racionalidade de abstrata e generalizante, não precisamente como se apresentaram na modernidade, mas sim como foram recuperadas pela visão que, gradativamente, formulou o assento jurídico da racionalidade moderna codificadora¹⁵⁰.

Este foi um dos ensejos para os novos nortes da despatrimonialização do direito privado exigem um tratamento diferenciado para relações jurídicas de cunho econômico das relações jurídicas existenciais. Uma das principais preocupações deste movimento foi buscar uma melhor compatibilização dos regimes jurídicos ao bem jurídico protegido, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, evitando-se o recurso a regimes-padrão (tal como os contratos ou direitos reais)¹⁵¹.

¹⁵⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 15-17.

¹⁵¹ “Com o fenômeno da despatrimonialização do direito privado – que procura sintetizar alguns âmbitos do direito privado que, necessariamente, deveriam voltar para um regime compatível com a proteção de bens jurídicos extrapatrimoniais reconhecidos ao ser humano –, este fenômeno da hipostasiação do direito dos contratos deve ser refreado. Cada vez mais, a autonomia privada e a autonomia contratual deixam de ser correlacionadas como equivalente”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 191.

O patrimonialismo e individualismo que conformaram os institutos jurídicos do direito privado representaram um sério entrave ao conceito e pensamento sobre a comunhão. Houve por largo tempo grande polêmica sobre a possibilidade de divisão (especialização) do patrimônio de um indivíduo¹⁵², de modo a prejudicar a sua unicidade, e também sobre a possibilidade de uma ampla permeação entre os patrimônios de vários indivíduos¹⁵³.

Parte da doutrina interpreta o art. 1.320¹⁵⁴ do Código Civil de 2002 como princípio que exige que a comunhão seja sempre temporária e divisível:

A situação de indivisão deve ser sempre temporária, dado o caráter de exclusividade do direito de propriedade.

Se assim o é, a lei adota a tese segundo a qual a situação de comunhão é incômoda, visto que o uso comum da coisa tende a gerar conflitos entre os coproprietários (*comunio mater rixarum*)¹⁵⁵.

Mesmo na doutrina mais sofisticada houve uma tendência de se marginalizar a comunhão como uma situação transitória ou indesejável, que prejudica o gozo pleno e irrestrito dos direitos e bens¹⁵⁶. Isto também explica a maior centralidade nos

¹⁵² Milena Donato Oliva explica que a teoria subjetiva do patrimônio postulava que o patrimônio era indivisível pois a personalidade do sujeito seria indivisível (em função da íntima relação entre o patrimônio e a personalidade), atribuindo a esta formulação a imposição de igualdade entre os credores na excussão dos bens do devedor. OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 40.

¹⁵³ “Certamente, no século XX, esse individualismo jurídico extremo seria temperado pelo direito social e pelas intervenções redistributivistas do Estado-providência. No entanto essas conquistas são frágeis, considerando que a ordem jurídica continua a repousar sobre fundamentos individualistas. Vemos portanto prosseguir, paralelamente aos fluxos e refluxos do Estado social, o movimento de proliferação dos interesses, dos direitos subjetivos e das ações na justiça. Mais do que nunca, o sujeito de direito insiste em “ser ele próprio autor, direta ou indiretamente, do direito”. OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. Rio Grande do Sul: Editora Unisinos, 2004. p. 238.

¹⁵⁴ Código Civil Brasileiro: “Art. 1.320. A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão”.

¹⁵⁵ BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. In: FUJITA, Jorge Shiguemitsu. et. all. 3. ed. **Comentários ao código civil: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1220.

¹⁵⁶ Ao ponderar a utilidade da comunhão como modelo teórico para as *investment trusts* Oscar Barreto Filho aponta exatamente como pontos fracos da teoria a instabilidade e reduzida concentração de interesses: “Encontramos, portanto, uma fórmula capaz de definir a verdadeira natureza jurídica do *investment trust* do tipo *open end*: uma comunhão ou condomínio aberto, em que é dada a cada comparte a possibilidade de nele ingressar ou dêle sair a qualquer momento.

Essa fórmula, todavia, se bem que verdadeira, não é suficiente. Em primeiro lugar, porque a própria precariedade do estado de comunhão não condiz com o vulto e a finalidade de uma empresa financeira, cujo objetivo é a colocação de capitais a longo prazo.

Em segundo lugar, o que é mais importante, porque inexiste na comunhão a unidade diretiva, que assegure a aplicação e a gestão do fundo comum e a partilha dos benefícios realizados entre os comunheiros”. BARRETO FILHO, Oscar. **Regime jurídico das sociedades de investimentos**. São Paulo: Max Limonad, 1956. p. 154.

institutos do condomínio e sociedade, na qual as quotas servem para uma maior individualização dos direitos e bens compartilhados entre os sujeitos.

A dificuldade de se compatibilizar a comunhão, instituto que tem a pluralidade de sujeitos em seu núcleo, com este caráter marcadamente individualístico e estanque do direito privado moderno certamente contribuiu para a pouca literatura e o pouco enfoque acadêmico sobre este instituto¹⁵⁷.

Milena Donato Oliva¹⁵⁸ atribui ao dogma da unidade do patrimônio a criação de um “descompasso entre a prática legislativa e produção doutrinária”, o que prejudicaria a incorporação dos patrimônios separados e autônomos no direito pátrio. A mesma crítica pode ser projetada no instituto da comunhão, em especial pois a comunhão unitária depende também do reconhecimento da possibilidade de criação de patrimônios separados comunicados entre vários sujeitos como mecanismos de se atingir novas finalidades.

Para que o instituto da comunhão sirva como um modelo teórico apto a resolução de problemas econômicos concretos este excessivo individualismo de diversas correntes deve ser estudado criticamente e com cautela. Em especial, é necessário reconhecer que a comunhão, além de parte da estrutura da titularidade dos direitos, também representa uma funcionalidade singular, cujo escopo e forma de atuação se distingue dos mecanismos singulares de exercício dos direitos¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Pode-se atribuir a confusão teórica em torno da comunhão também à falha na atribuição de dois efeitos distintos: “A confusão feita entre o condomínio e patrimônio coletivo, reforçada pelo legislador, é também indicativa de outro fato. Ainda que seja pouco estudado, o instituto do patrimônio coletivo, quando visto, é geralmente explicitado sob a denominação de comunhão. Eis que se apresenta novo complicador, qual seja, a tradicional confusão existente entre dois tipos de comunhão: (1) a do tipo romano e (2) a de direito germânico”. PEREIRA, Cássio Frederico Gonçalves e Marinho. **A comunhão e o problema dogmático do patrimônio coletivo** – Um estudo à luz do patrimônio comum dos cônjuges, da herança e da sociedade em comum. 165 f. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 20-21.

¹⁵⁸ “Em particular o princípio da unidade, segundo o qual a cada pessoa só corresponde um patrimônio, mostra-se inconciliável com disposições legais que se valem expressamente da técnica da separação patrimonial, a qual possibilita a titularidade de mais de um patrimônio pela mesma pessoa. Disso decorre que tal expediente ainda não é reconhecido pela doutrina como legítimo instrumento para a promoção de importantes funções na ordem jurídica, permanecendo, ao revés, retratado como um recurso excepcional, cujo emprego deve ser confinado a hipóteses extraordinárias. Verifica-se, assim, um descompasso entre a prática legislativa e a produção doutrinária, entre a teoria do patrimônio e as demandas da atual sociedade brasileira, complexa e dinâmica, entre o silêncio doutrinário relativamente à segregação patrimonial e a consagração legal deste mecanismo no direito brasileiro”. OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 2.

¹⁵⁹ Uma semelhante potencialidade é defendida em relação à teoria do patrimônio em: OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 3-4.

CAPÍTULO 2: O INSTITUTO DA COMUNHÃO UNITÁRIA

2.1 PREMISSAS TEÓRICAS PARA A COMPREENSÃO DA COMUNHÃO: A TEORIA DO PATRIMÔNIO

A comunhão é instituto jurídico que depende, para sua configuração, de outros institutos e conceitos jurídicos. O primeiro destes institutos é o patrimônio. A titularidade plural sobre um mesmo patrimônio é o que define os contornos teóricos da comunhão. Por isto, este primeiro tópico fará breve exposição sobre a teoria do patrimônio e o seu desenvolvimento.

2.1.1 Breve exposição do percurso da teoria do patrimônio

A literatura que analisa o desenvolvimento da teoria do patrimônio em geral apresenta duas concepções distintas que agrupam a produção intelectual em torno desse tema. Estas são a teoria clássica e a teoria moderna do patrimônio¹⁶⁰, sendo que esta segunda também é denominada de teoria objetiva do patrimônio¹⁶¹.

O presente estudo tomará como base as concepções de patrimônio produzidas a partir da teoria objetiva do patrimônio. Desta forma, será realizada uma breve exposição sobre o percurso da teoria do patrimônio e os seus usos e sentidos.

Hans Hattenhauer atribui à ideia original de patrimônio no pensamento alemão um sentido de poder do sujeito sobre seus bens: “Patrimônio (Vermögen), no sentido original da palavra, é o ‘poder’ (posse) de uma pessoa para atuar sobre seus bens”¹⁶². Essa noção basilar de patrimônio, entretanto, sofreu uma sofisticação conceitual ao longo do tempo, influenciada em especial pela tensão entre a propriedade e responsabilidade civil, servindo como eixo central do poder da pessoa sobre o seu meio e também da sujeição de sua esfera jurídica às consequências jurídicas dos atos ilícitos¹⁶³.

¹⁶⁰ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 57.

¹⁶¹ XAVIER, Luciana Pedrosa. **As teorias do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**. 178 f. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 73.

¹⁶² “Patrimonio (Vermögen), en el sentido originario de la palabra, es el ‘poder’ (posse) de una persona para actuar sobre sus bienes”. HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil**. Barcelona: Editorial Ariel, 1987. p. 103.

¹⁶³ HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil**. Barcelona: Editorial Ariel, 1987. p. 103.

A primeira teoria que teve forte repercussão no pensamento jurídico nacional foi a teoria subjetiva (ou clássica) do patrimônio, originalmente criada pelos juristas franceses Charles Aubry e Charles Rau¹⁶⁴. Eles foram os primeiros a criarem uma teoria do patrimônio com o conjunto de características próprias de um instituto jurídico¹⁶⁵.

O contexto no qual estes autores elaboraram a teoria do patrimônio foi a França do século XIX. A obra de Aubry e Rau foi profundamente influenciada por Karl Salomo Zachariae, autor alemão que escreveu sobre o direito francês por conta da ocupação napoleônica de diversos estados alemães no século anterior. Muitos consideram a obra de Aubry e Rau o primeiro tratado moderno de direito¹⁶⁶.

Na teoria subjetiva do patrimônio existe intensa vinculação do patrimônio à noção de personalidade. Nesta concepção a personalidade não seria somente o pressuposto para a existência do patrimônio, mas também a sua disciplina jurídica será pertinente com aquela da personalidade. Desta forma, a “orgânica e mecânica” do patrimônio serão definidas pela personalidade¹⁶⁷.

Os elementos peculiares desta teoria eram a concepção do patrimônio como um objeto incorpóreo, imaterial, que não é apreendido pelos sentidos. A definição de patrimônio na concepção destes autores é o “conjunto de direitos civis de uma pessoa sobre os objetos que constituem bens”¹⁶⁸.

Luciana Pedroso Xavier assim explica a concepção da teoria subjetiva do patrimônio:

Os autores franceses apresentam quatro predicados da noção de patrimônio, por meio dos quais a sua teoria pode ser resumida. Primeiramente, “a ideia de patrimônio se deduz diretamente da de personalidade”. O patrimônio seria a emanção da personalidade, a

¹⁶⁴ AUBRY, Charles Marie Barbe Antoine; RAU, Charles Frederic; BARTIN, Étienne. **Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae**. 5e. éd. rev. Paris: Marchal et Billard, 1897-1922. p. 3.

¹⁶⁵ XAVIER, Luciana Pedroso. **As teorias do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**. 178 f. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 49.

¹⁶⁶ XAVIER, Luciana Pedroso. **As teorias do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**. 178 f. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 47-48.

¹⁶⁷ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 13-14.

¹⁶⁸ XAVIER, Luciana Pedroso. **As teorias do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**. 178 f. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 49.

expressão do poder jurídico do qual uma pessoa se encontra investida como tal.

Em segundo lugar, o patrimônio de uma pessoa engloba todos os seus bens indistintamente, incluindo os bens inatos (direitos de personalidade) e os bens futuros. A esse respeito, na opinião de Aubry e Rau, o Código Napoleão estava em consonância no que tange aos bens futuros, mas em relação aos bens inatos estes só passariam a fazer parte do patrimônio após lesionados, dando, assim, ensejo a uma ação de reparação por perdas e danos.

Em terceiro lugar, o patrimônio exprime um valor pecuniário, que será determinado a partir da operação de diminuição do passivo do ativo. Mesmo que o passivo ultrapasse o ativo, ainda sim o patrimônio subsiste. Desse modo, o patrimônio compreende simultaneamente créditos e débitos.

Por fim, tendo em vista que o patrimônio é uma emanção da personalidade, cada pessoa, seja ela física ou jurídica, é titular de um patrimônio, mas apenas de um patrimônio. Dessa forte ligação também resulta que toda pessoa tem necessariamente um patrimônio, mesmo que na realidade ela não possua nenhum bem¹⁶⁹.

A teoria subjetiva é certamente o marco teórico mais influente na concepção do patrimônio, encontrando até hoje referências na doutrina. De outro lado, autores subsequentes iniciaram uma lenta divergência desta teoria e seus pressupostos, em especial quanto ao seu corolário central da junção entre patrimônio e personalidade.

Aos poucos a perda do prestígio da teoria subjetiva abriu caminho para a proeminência da teoria objetiva do patrimônio, também denominada teoria moderna do patrimônio. A teoria objetiva foi construída a partir das críticas à teoria subjetiva, em especial sobre a sua artificialidade e metafísica¹⁷⁰.

Os elementos peculiares desta corrente teórica são a admissão de criação de patrimônios especiais ou separados, o que implica na possibilidade de que um sujeito tenha mais de um patrimônio e também que os patrimônios especiais tenham relativa autonomia, em consonância com a sua finalidade¹⁷¹.

Além destas críticas formuladas contra a teoria subjetiva do patrimônio, houve também uma maior difusão e aceitação da teoria dos “patrimônios de afetação” (Zweckvermögen). Essa teoria de origem alemã defendia a possibilidade de criação de patrimônios afetados a uma finalidade, independentes das pessoas¹⁷².

¹⁶⁹ XAVIER, Luciana Pedroso. **As teorias do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**. 178 f. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 50-51.

¹⁷⁰ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 105.

¹⁷¹ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

¹⁷² XAVIER, Luciana Pedroso. **As teorias do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**. 178 f. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 71.

Desta forma, o cerne da teoria objetiva pode ser definido pela independência entre os conceitos de patrimônio e personalidade. Essa teoria foi até mesmo chamada de realista, pois o vínculo unificador do patrimônio era concebido como o escopo comum. Em síntese: “A unidade do patrimônio não se refere à pessoa à qual ele é atribuído, mas à função a que os elementos são afetados”¹⁷³.

Os elementos práticos que diferenciam a teoria clássica da teoria moderna do patrimônio envolvem a sua postura acerca: a) da existência de patrimônios sem sujeito; b) da possibilidade de criação de patrimônios especiais e titularidade de mais de um patrimônio pelo mesmo sujeito.

A teoria subjetiva negava tanto a possibilidade de existência de patrimônios sem sujeito quanto de criação de patrimônios especiais e sua titularidade pelos sujeitos que já detém patrimônio geral. Esta postura deriva dos corolários que o patrimônio emana da personalidade, é único e indivisível¹⁷⁴.

Já a teoria objetiva, admite a afetação do patrimônio, isto é, a atribuição de um escopo, finalidade ou destinação à universalidade de bens. A afetação permite que o patrimônio geral seja mantido como uma garantia à satisfação das necessidades do titular e de suas obrigações, mas também permite a criação de patrimônios especiais que servirão às finalidades específicas para as quais foram criados. A finalidade, por se tornar central ao patrimônio especial (afetado), permite uma menor dependência em relação ao sujeito, admitindo-se até mesmo a existência de um patrimônio sem sujeito¹⁷⁵.

De outro lado, a divisão do percurso teórico do patrimônio em apenas duas escolas antagônicas simplifica demasiadamente a grande quantidade de autores e obras que contribuíram para pensar o patrimônio. Milena Donato Oliva propõe uma sistematização das principais teorias do patrimônio pautada em seis concepções. Estas concepções dão um maior refinamento à mera contraposição binária entre a teoria objetiva e subjetiva¹⁷⁶.

¹⁷³ XAVIER, Luciana Pedroso. **As teorias do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**. 178 f. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 75.

¹⁷⁴ NORONHA, Fernando. Patrimônios especiais: sem titular, autônomos e coletivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 11-34, jan. 1998. p. 17.

¹⁷⁵ NORONHA, Fernando. Patrimônios especiais: sem titular, autônomos e coletivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 11-34, jan. 1998. p. 18-19.

¹⁷⁶ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 103.

A primeira concepção seria a teoria clássica de Aubry e Rau, cuja peculiaridade é uma virtual confusão do patrimônio com a personalidade, sendo emanção desta. O patrimônio é uma universalidade de direito indivisível, inalienável e indissociável da figura de seu titular¹⁷⁷.

A segunda concepção mantém o cerne da teoria clássica, a vinculação estrita entre patrimônio e personalidade, mas reconhecem casos em que a teoria subjetiva pode ser flexibilizada. O principal adepto desta concepção é Francesco Saverio Bianchi. O patrimônio também é configurado como universalidade de direito, mas passível de relativização dentro de hipóteses legais explícitas¹⁷⁸.

A terceira concepção inicia um repúdio explícito à teoria clássica e seus postulados, considerados artificiais e inúteis. Os autores que defenderam esta concepção foram os franceses Henri e Léon Mazeaud. A concepção de patrimônio continua personalista, mas de forma mais atenuada que anteriormente. O patrimônio é considerado uma universalidade de direito vinculado ao sujeito de direito, admitindo-se, entretanto, patrimônios de afetação constituídos para realização de um escopo¹⁷⁹.

A quarta concepção mantém-se personalista por não admitir patrimônios sem sujeito. O principal adepto desta concepção é Francesco Ferrara. O sujeito continua o suporte para os patrimônios. Esta concepção entende que o patrimônio não é uma universalidade de direito, sendo que o passivo não o compõe. De outro lado, o patrimônio especial pode ser constituído como uma universalidade de direito, integrando a si o passivo, em hipóteses legais específicas¹⁸⁰.

A quinta concepção difere por admitir patrimônios sem sujeito, admitindo sua total independência da personalidade e do sujeito de direito¹⁸¹.

A sexta e última concepção defende a objetivação absoluta do patrimônio. O principal elaborador desta concepção foi Léon Duguit. Esta vertente considera as concepções subjetivas como metafísicas e artificiais, questionando a sua utilidade. O patrimônio, pelo contrário, seria totalmente soberano e absoluto em relação a seu regime jurídico, sendo sua finalidade o único aspecto relevante¹⁸².

¹⁷⁷ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 103-104.

¹⁷⁸ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 104.

¹⁷⁹ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 104-105.

¹⁸⁰ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 105.

¹⁸¹ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 105.

¹⁸² OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 105-106.

A sequência das concepções representaria um movimento pendular que se alterou de um individualismo extremo em seu início para posterior objetivismo exacerbado. Cada um destes extremos teria suas desvantagens. O subjetivismo negava qualquer potencial ao patrimônio que não a imputação geral da responsabilidade do sujeito, rejeitando inúmeras eficácias legalmente previstas em nome da higidez da vinculação com a personalidade. Já o objetivismo apagou de forma radical a titularidade como cerne do patrimônio geral em prol de uma instrumentalização em torno do escopo, o que potencialmente poderia reduzir a autonomia privada e o poder exclusivo do indivíduo sobre seus bens.

Este movimento pendular de certo modo criou uma “gradação” teórica, em relação à qual os autores podem ser qualificados como mais próximos à matriz objetiva ou subjetiva em relação ao seu pensamento. Neste sentido, os dois principais elementos que parecem indicar a propensão mais objetiva ou subjetiva da concepção adotada são o papel do sujeito de direito em relação ao patrimônio e a possibilidade de que o patrimônio seja objeto de direito sem um titular.

Esta tensão em relação ao vínculo entre sujeito de direito e patrimônio será essencial à compreensão da comunhão. A seguir serão comparadas duas teorias do patrimônio fundadas no pensamento pátrio e suas concepções sobre o vínculo do patrimônio com os sujeitos de direito.

2.1.2 O patrimônio na perspectiva da doutrina nacional

Dois enfoques contemporâneos distintos sobre a teoria do patrimônio serão fundamentais para a compreensão do instituto da comunhão. Serão comparadas duas obras da doutrina nacional, que dão o norte teórico para o patrimônio em cada um destes enfoques. A primeira obra é o volume V do Tratado de Direito Privado de Pontes de Miranda¹⁸³. A segunda obra, dentro da compreensão técnica do patrimônio sob a perspectiva do direito civil constitucional, é intitulada Patrimônio Separado, de autoria de Milena Donato Oliva¹⁸⁴.

¹⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 439-468.

Também será utilizada complementarmente a obra de Marcos Bernardes de Mello: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁸⁴ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 107-216. Também será utilizada complementarmente a obra de Paulo Cunha, que influenciou a autora em vários pontos: CUNHA, Paulo. **Do patrimônio**. Lisboa: Minerva, 1934.

As duas obras e matrizes teóricas do patrimônio serão exploradas, apontando-se semelhanças e divergências. O objetivo não é comparar as obras de forma profunda, mas sim investigar premissas doutrinárias distintas que ganharam corpo no país. Por isso, serão apontadas as principais tendências na compreensão da teoria do patrimônio na doutrina brasileira e sua utilidade para descrever os esquemas de titularidade que dão origem à comunhão.

Em especial, busca-se investigar a postura teórica acerca: a) do fundamento teórico do patrimônio; b) da possibilidade de existência de patrimônios sem sujeito; c) se o patrimônio pode ser objeto de direito.

Inicia-se pela obra de Milena Donato Oliva. Para a autora o elemento que configura o patrimônio é a universalidade de direito. A universalidade apresenta um conteúdo maleável que permitiria ao mesmo tempo uma disciplina jurídica própria para a universalidade sem prejuízo da autonomia dos elementos do patrimônio. Isto implicaria em uma relevância própria ao patrimônio, tornando-o objeto autônomo de relação jurídica¹⁸⁵.

A autora, ao analisar o art. 91 do Código Civil Brasileiro de 2002, afirma que o legislador se posicionou em relação a três problemas teóricos do patrimônio. A primeira posição tomada foi sua definição implícita como universalidade de direito. A segunda posição é que o patrimônio é composto de relações jurídicas, o que exclui a concepção que ele é composto de bens ou coisas. Por fim, a terceira posição tomada é que o patrimônio somente é composto de relações jurídicas dotadas de valor econômico, afastando os direitos extrapatrimoniais¹⁸⁶.

A composição do patrimônio não é diretamente ligada aos bens, mas sim aos direitos a estes bens¹⁸⁷. O patrimônio não se confunde com esfera jurídica, já que a esfera jurídica engloba os direitos patrimoniais (avaliáveis em dinheiro), mas também é composta de situações existenciais e também as dívidas¹⁸⁸.

Admite a possibilidade de pessoas sem patrimônio, “nas hipóteses em que não forem titulares de nenhuma situação subjetiva ativa valorável economicamente”¹⁸⁹.

¹⁸⁵ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 142.

¹⁸⁶ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 118.

¹⁸⁷ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 170.

¹⁸⁸ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 214.

¹⁸⁹ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 213.

O principal ponto de convergência é a admissão de criação de patrimônios especiais mediante a afetação de um conjunto de bens para uma determinada finalidade. Os patrimônios separados, de outro lado, a finalidade (ou escopo) para o qual foram criados se torna o principal elemento para sua utilização¹⁹⁰.

O ponto central de divergência entre esta concepção de patrimônio é quanto à qualificação do patrimônio como objeto de direito, completamente dissociável do titular, de modo a admitir a existência de um patrimônio sem titular. Esse trecho explica o raciocínio por trás desta colocação:

Portanto, no ordenamento brasileiro, constitui a universalidade patrimonial objeto de direito, isto é, centro autônomo de imputação objetiva. Por isso mesmo, o patrimônio pode ser objeto de relação jurídica, de que constitui exemplo a de usufruto e a que atribui aos credores do dever garantia sobre o patrimônio deste para o caso de inadimplemento. A universalidade patrimonial não é erigida a objeto de direito em virtude das utilidades que, em si mesma, pode proporcionar ao titular do direito que sobre ela recai. A satisfação daquele que possui direito sobre a universalidade patrimonial ocorre por meio do conteúdo desta. A unificação do conglomerado e a transformação do continente em objeto de direito tem por objetivo a atração de regime jurídico próprio, pelo qual o conteúdo pode, dentro dos limites legais, se alterar, se comprimir ou se ampliar. Não há direito de propriedade inato sobre o patrimônio que subsista ainda que não haja elementos. Cuida-se o patrimônio de bem incorpóreo titularizado por aquele que é titular das situações jurídicas subjetivas que o integram, pela razão segunda a qual não se afigura possível uma pessoa ser titular da universalidade e outra de seus elementos, tendo em conta o liame indissolúvel entre o continente e conteúdo¹⁹¹.

Como será explorado a seguir, este é o principal ponto de divergência entre as teorias. A teoria do fato jurídico não concebe a possibilidade de que o patrimônio exista sem qualquer titular e também se afasta da possibilidade que a universalidade possa ser um centro autônomo de imputação de direitos ou relações jurídicas.

De forma distinta da obra de Milena Donato Oliva, Pontes de Miranda fundou seu conceito de patrimônio num contexto de um esforço teórico muito mais abrangente

¹⁹⁰ “Vale notar, nesta esteira, que a admissão de patrimônios destinados à consecução de determinada finalidade abre o espectro das possíveis funções que podem ser desempenhadas pela universalidade patrimonial. Para tanto, é de se libertar definitivamente o regime jurídico do patrimônio daquele da personalidade, a permitir patrimônios unificados não somente em razão da unidade subjetiva das situações jurídicas que o compõem, mas também por força do escopo a que se dirigem, vale dizer, pelo fim que buscam realizar. Torna-se possível, assim, a existência de patrimônios separados, nos quais o aspecto finalístico do objetivo a que se vinculam ocupa papel proeminente”. OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 259.

¹⁹¹ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 191.

e sistemático – a Teoria do Fato Jurídico, o que não permite uma comparação em pé de igualdade entre os autores. O enfoque da teoria Ponteana é mais próxima à ideia de esfera jurídica, isto é, o conjunto de direitos (situações jurídicas) que tocam certo sujeito de direito¹⁹².

Na definição de Alcides Tomasetti Jr., o patrimônio seria um dos setores da esfera jurídica do sujeito de direito:

Patrimônio é o setor das esferas jurídicas dos sujeitos de direito (pessoas naturais ou coletivas) no que se concentram as posições jurídicas subjetivas ativas e passivas de seu titular, suscetíveis de valoração econômica e conseqüente expressão pecuniária¹⁹³.

Os bens da vida se tornam direitos que os ligam aos sujeitos de direito. Estes direitos vão preencher a esfera jurídica do sujeito, sendo que aqueles suscetíveis a apreciação econômica serão o patrimônio. Pontes de Miranda utiliza a metáfora de uma “sombra” que os bens fazem sobre a esfera jurídica¹⁹⁴. De forma semelhante, o patrimônio não é composto de bens, mas sim dos direitos, pretensões, ações e exceções que emanam do direito a estes bens¹⁹⁵.

Não adentram ao patrimônio as relações desprovidas de eficácia jurídica (ter conhecimento, boas amizades, etc.) nem os direitos e relações jurídicas de cunho pessoal¹⁹⁶. Incluem-se no patrimônio os direitos expectativos¹⁹⁷. Admite-se que patrimônio pode também ser vazio¹⁹⁸.

¹⁹² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 87.

¹⁹³ TOMASETTI JR, Alcides. In: **Comentários à lei de locação de imóveis urbanos**. Coord. Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 7.

¹⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 439.

¹⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 446.

¹⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 443.

¹⁹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 440.

¹⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 444.

Outro ponto convergente é a possibilidade de patrimônios separados, que não seriam completamente “fundidos” ao patrimônio geral do sujeito¹⁹⁹. O patrimônio especial seria uma esfera própria, definido por um fim específico²⁰⁰.

Na formação dos patrimônios separados somente deverá ocorrer com direitos e relações ativas, excluindo-se passivos, já que em geral a lei afirma que o patrimônio especial será composto de “bens” determinados²⁰¹. Ademais, o patrimônio não transmite dívidas, estas se transmitem direto ao titular do patrimônio. Mesmo no caso da herança, o ativo do patrimônio sofre liquidação antes de sua transmissão²⁰².

A principal divergência da teoria elaborada pelo direito civil constitucional refere-se à possibilidade de existência de patrimônio sem sujeito: “Todo patrimônio é unido pelo titular único, ou por titulares em comum, mas únicos. Isso não quer dizer que a cada pessoa só corresponda um patrimônio; há o patrimônio geral e os patrimônios separados ou especiais. Só a lei pode separar patrimônios”²⁰³.

As divergências entre as teorias em grande medida podem ser atribuídas a uma incompatibilidade entre as posturas adotadas em relação à concepção de personalidade, capacidade e subjetividade.

Na teoria adotada por Milena Donato Oliva o conceito de personalidade deveria ser suprimido em sua dimensão não humana. O fundamento para isso é o corolário central do direito civil constitucional: a constitucionalização do direito civil

¹⁹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 447.

²⁰⁰ “Todo patrimônio especial tem um fim. Esse fim é que lhe traça a esfera própria, lhe cria a pele conceptual, capaz de armá-lo ainda quando nenhum elemento haja nêle. [...] Os patrimônios especiais têm os seus fins, ou fixados pela manifestação de vontade ou pela lei (fins do usufruto pelo marido, ou pelo titular do pátrio poder; fim da liquidação concursal)”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 448-449.

²⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 447.

²⁰² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 448.

²⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 439.

mediante a eficácia direta dos princípios constitucionais e a centralidade da dignidade da pessoa humana em todas as relações jurídicas²⁰⁴.

A partir desta perspectiva a autora reconhece duas modalidades de capacidade: a capacidade de fato e a capacidade de direito²⁰⁵. A capacidade de direito seria a “possibilidade de ter direitos”. Já a capacidade de fato seria a “aptidão para o exercício de direitos por si só, sem necessidade de assistência ou representação”²⁰⁶.

Decorrente destas duas formas de capacidade – de direito e de fato – a autora defende que a capacidade de fato (acepção objetiva) seria melhor protegida pela ideia de personalidade, enquanto a capacidade de direito (acepção subjetiva) seria melhor definida pela subjetividade. Isto melhor alinharia estes conceitos à estrutura conceitual, conferindo maior centralidade à proteção da pessoa humana (acepção objetiva da personalidade e capacidade de fato)²⁰⁷. A distinção entre subjetividade e patrimônio, assim, residiria no fato que a subjetividade é um atributo qualitativo, enquanto o patrimônio é quantitativo:

Vê-se que a noção de personalidade – *rectius* subjetividade – é eminentemente qualitativa, haja vista concernir à aptidão para titularizar situações jurídicas subjetivas. De outra parte, o patrimônio traduz conceito quantitativo, caracterizado pelo somatório das situações jurídicas subjetivas ativas²⁰⁸.

A obra de Pontes de Miranda, fundada na teoria do fato jurídico, adota uma postura divergente. Como demonstra Marcos Bernardes de Mello, o sujeito de direito precede a pessoa jurídica, bem como observa-se a existência de mais sujeitos de

²⁰⁴ “[...] Com efeito, constituindo a busca da realização da dignidade da pessoa humana fim último do ordenamento, afigura-se pelo menos inconveniente denominar-se personalidade tanto o valor da pessoa natural, objeto de proteção prioritária, como a aptidão para ser sujeito de direito e de obrigações, a qual, por concernir ao elemento estrutural da relação jurídica, igualmente é atribuída às pessoas coletivas”. OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 194.

²⁰⁵ O autor português Cabral de Moncada já diferenciava as capacidades como capacidade de gozo e capacidade de exercício. Quanto à segunda categoria explica: “[...] Só pode ter esta espécie de capacidade um organismo psicofísico dotado duma vontade eficiente e a pessoa colectiva não é por natureza, um organismo psicofísico dotado duma vontade nem eficiente nem deficiente. Portanto, é necessário para este efeito que exista sempre alguém a agir no seu nome e interesse, alguém que *represente* a pessoa colectiva [...]”. MONCADA, L. Cabral de. **Lições de direito civil: Parte geral**. 2. ed. rev. at. Coimbra: Ed. Coimbra, 1954. V. 1. p. 423.

²⁰⁶ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 192.

²⁰⁷ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 194-195.

²⁰⁸ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 196.

direito do que pessoas jurídicas²⁰⁹. Na concepção Ponteana, assim, ser sujeito de direito seria uma função de ter uma capacidade atribuída pelo ordenamento, de forma a inserir o ente como titular de uma situação jurídica²¹⁰.

Por esta razão a capacidade seria antecedente à subjetividade, uma vez que a atribuição de uma capacidade tornaria o ente titular de um direito, inserindo-o numa situação jurídica como sujeito de direito²¹¹. A personalidade, assim, não se confunde com a capacidade, já que a personalidade jurídica atende a critérios de taxatividade (hipóteses *numerus clausus*) enquanto a capacidade é em geral atribuída a entes com menor estabilidade ou definitividade pela necessidade de conferir segurança jurídica às relações jurídicas²¹².

Pontes de Miranda afasta a possibilidade de existência de um patrimônio sem titular. O fundamento pela afirmação que o patrimônio não pode existir sem um sujeito titular é melhor especificado na seguinte passagem:

O titular do patrimônio é titular do direito a que o patrimônio seja tratado como tal. [...] Há pele, conceptual embora, que envolve o patrimônio, e há interesses, juridicamente protegidos, em que se trate com unidade. Entre o resíduo realista dos que negam ao patrimônio qualquer possibilidade de ser objeto de direito e o nominalismo dos que o afirmam, há a atitude empírico-criticista, que é mais acorde com a ciência. Basta pensar-se no usufruto do titular do pátrio poder e no usufruto do patrimônio (art. 714). O que é de repelir-se é a concepção que também vê no patrimônio objeto de direito ou de pretensão executiva ou constrictiva cautelar dos credores. Não há tal direito ou pretensão dos credores; para eles o patrimônio é apenas o que contém os bens suscetíveis de penhora ou de outra constrição. O patrimônio sobrevivendo concurso, apenas se especializa. O dinheiro do incapaz, que está no patrimônio do falido, é do incapaz²¹³.

²⁰⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 138-139.

²¹⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111.

²¹¹ Uma análise, mesmo perfunctória, dessas situações faz ressaltar, à evidência, que não se pode, do ponto de vista científico, dar a esses entes outro tratamento senão o de sujeitos de direito. Sem dúvida, ao receberem a outorga, pelas normas jurídicas, de titularidade de direitos, pretensões, deveres e obrigações e, em especial, da possibilidade de integrarem uma posição, ativa ou passiva em relação jurídica, mesmo apenas processual (=capacidade de ser parte), esses entes, efetivamente, recebem a qualidade de sujeitos de direito. A lei, sem dúvida, os fez sujeitos de direito sem deles fazer pessoas. [...]. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 142.

²¹² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 141.

²¹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 447.

Nesta linha de pensamento, afastar a titularidade do patrimônio somente serviria para ofuscar as relações de titulares dos direitos singulares que integram a universalidade. Isto poderia causar uma indistinção entre o patrimônio e a personificação, uma vez que o patrimônio sem titular, para todos os efeitos, seria um centro de imputação autônomo independente da esfera jurídica do sujeito que o criou. Isto é prejudicial pois o instituto do patrimônio não apresenta os mecanismos de organização, emanção de vontade e capacidade que as sociedades possuem, causando inúmeras dificuldades em relação às suas capacidades (esta ideia será melhor desenvolvida no tópico seguinte).

Esta posição é harmônica com a premissa que o patrimônio é parte da esfera jurídica de um sujeito de direito²¹⁴. Mesmo quando considerada a possibilidade de criação de patrimônios especiais, separados do patrimônio geral, a figura do sujeito de direito ainda é fundamental:

Apartado do patrimônio geral para realizar um determinado fim, o patrimônio separado concentra, em si, o ativo e o passivo emergentes do complexo de relações jurídicas necessárias à satisfação desse fim. Apesar disso, objeto de direito submetido ao poder do sujeito, continua a gravitar, como um satélite, na órbita do titular²¹⁵.

Ainda, os autores que defendem a possibilidade de utilização do patrimônio sem um sujeito de direito correspondente somente apontam alguns poucos casos concretos que poderiam gerar uma situação de patrimônio sem titular. Os exemplos de patrimônio sem sujeito seriam o do nascituro, o patrimônio pré-fundacional quando a dotação é por testamento, a herança jacente e o patrimônio do ausente antes da sucessão provisória. A estas hipóteses pode-se somar também a possibilidade de um patrimônio atribuído a um sujeito futuro (tal como ao nascituro)²¹⁶.

Como se observa, todas as hipóteses apresentadas são eminentemente transitórias e podem ser melhor explicadas por conta da atribuição de capacidade jurídica especial a entes não personificados (como no caso do nascituro, herança jacente, etc) ou na especificidade da transmissão do patrimônio (o ausente mantém-

²¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 89.

²¹⁵ MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 98-99.

²¹⁶ NORONHA, Fernando. Patrimônios especiais: sem titular, autônomos e coletivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 11-34, jan. 1998. p. 26.

se titular de seu patrimônio até a sucessão, sendo este patrimônio indisponível aos herdeiros até declarada a sucessão).

Desta forma, em conclusão, as teorias do patrimônio podem se posicionar com posturas de maior ou menor autonomia da relação patrimonial quanto ao sujeito titular. De outro lado, é imperativo que as teorias sejam coerentes com as regras jurídicas e o sistema normativo, criando uma descrição fiel dos efeitos do ordenamento.

2.1.3 Os quadrantes do patrimônio: geral, especial, autônomo e coletivo

A teoria objetiva do patrimônio permitiu a superação dos dogmas da unicidade e indivisibilidade que decorriam da vinculação da noção de patrimônio com a da personalidade. Com isto, abriu-se a possibilidade da atribuição de novos efeitos e eficácia ao patrimônio.

Primeiramente admitiu-se a possibilidade de criação de patrimônios separados, ou especiais. Isto criou uma divisão ínsita entre o patrimônio geral do sujeito, que seria destinado à satisfação de seus interesses e garantia a seus credores²¹⁷, e também do patrimônio especial, criado em razão de uma finalidade específica²¹⁸.

Em segundo lugar, em decorrência da possibilidade de criação de patrimônios especiais, foi possível pensar na autonomia deste patrimônio especial em relação ao patrimônio geral do sujeito. Esta figura foi denominada de patrimônio autônomo. E, em terceiro lugar, a criação de patrimônios especiais também possibilitou a concepção de um patrimônio que já não se concentrava na titularidade de um sujeito, mas sim pertencia em igual medida a vários titulares. Estes patrimônios seriam os patrimônios coletivos.

Quando se fala do patrimônio geral, refere-se à modalidade mais abrangente do patrimônio, aquele que recobre a esfera jurídica de todo o indivíduo. Este

²¹⁷ Jose Luis de los Mozos atribui ao patrimônio as funções de: a) proteção da esfera individual do titular; b) deveres de conservação do patrimônio; c) conferir poderes especiais aos credores; d) ordenar o conteúdo do patrimônio; e) possibilitar a formação de patrimônios separados e autônomos. MOZOS, Jose Luis de los. Aproximación a una teoría general del patrimonio. **Revista de Derecho Privado**. Madrid. p. 605-606. jul.-ago. 1991.

²¹⁸ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil**: parte general. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1943. v. 1. p. 614.

patrimônio geral é que reunirá todos os direitos de conteúdo econômico do indivíduo, servirá para a satisfação de suas necessidades e como garantia a seus credores²¹⁹.

O patrimônio geral como regra somente será alterado conforma as limitações de capacidade e do estado conjugal e regime matrimonial do sujeito²²⁰. A incapacidade pode reduzir o poder do sujeito em relação ao seu patrimônio geral, mas não o extingue. De outro lado, os regimes matrimônios podem gerar a comunhão entre o patrimônio geral dos cônjuges.

Em contraposição ao patrimônio geral existem os patrimônios separados. Patrimônios separados (afetados, segregados, especiais, destacados ou destinados) são “o núcleo patrimonial pertencente a um sujeito que convive ao lado do patrimônio geral deste, submetido a disciplina jurídica própria, condizente com a finalidade a que se destina e que o unifica”²²¹.

Os patrimônios separados podem ser divididos em duas subespécies: patrimônios separados por estarem afetados a um fim e patrimônios separados por outras razões²²². As “outras razões” ocorrem quando a lei prescreve a criação de um patrimônio separado para atingir finalidades especiais, tal como em relação à herança.

Ainda, a independência entre o patrimônio geral é evidente dentro de uma “linha divisória” criada de acordo com a incidência de regras jurídicas (fatos jurídicos) ou por meio do exercício da autonomia privada das partes (atos e negócios jurídicos):

[...] A linha que discrimina o patrimônio geral (ou mais geral) e o especial resulta da incidência da regra jurídica, inclusive no tocante à possibilidade de entrarem, ou saírem dêsse, elementos. A incidência da regra jurídica pode ser após simples fato (e. g., morte do decujo), ou após algum ato jurídico, como o pacto antenupcial (negócio jurídico)²²³.

Andreas von Tuhr diferencia o patrimônio geral em razão da unidade que ele mantém em face ao seu titular. O autor explica que o toda a aquisição do sujeito, qualquer que seja sua causa, entra no patrimônio geral. Já o patrimônio especial exige

²¹⁹ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 185.

²²⁰ MOZOS, Jose Luis de los. Aproximación a una teoría general del patrimonio. **Revista de Derecho Privado**. Madrid. p. 605-606. jul.-ago. 1991. p. 607.

²²¹ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 219.

²²² MOZOS, Jose Luis de los. Aproximación a una teoría general del patrimonio. **Revista de Derecho Privado**. Madrid. p. 605-606. jul.-ago. 1991. p. 607-608.

²²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 452.

“regras apropriadas” para se determinar como se dividirão os diversos bens (elementos) entre as massas patrimoniais²²⁴.

Podem ser classificados em duas categorias. Primeiro, existem os elementos do patrimônio especial que o integram de forma originária. Existem várias causas previstas em lei, tal como a qualidade da coisa, negócio jurídico do titular do patrimônio ou terceiros, aquisição por meio de trabalho ou por conta de sucessão hereditária. Em segundo lugar, existem os elementos do patrimônio especial que derivam do próprio desenvolvimento econômico do patrimônio especial. Neste caso, mesmo na ausência de regras legais específicas, haveria um princípio geral de sub-rogação, pelo qual os frutos do patrimônio especial também passariam a integrar o patrimônio especial²²⁵.

Outra dimensão do patrimônio separado ocorre quando este patrimônio ganha uma autonomia em relação aos outros patrimônios do titular. Esta autonomia em geral decorre da limitação da responsabilidade entre as esferas patrimoniais: “Podem criar-se na titularidade de uma pessoa massas patrimoniais sujeitas a um regime particular de responsabilidade por dívidas. Fala-se então em patrimônios autônomos”²²⁶.

Por fim, o último tipo de patrimônio é denominado de patrimônio coletivo. Este patrimônio é definido como um patrimônio especial que pertence a diversos sujeitos de direito²²⁷. Como se observa, há uma coincidência entre o conceito de patrimônio coletivo e a comunhão. Ambos os institutos são evidenciados pela pluralidade de titulares em relação a uma relação jurídica (patrimônio).

2.1.4 O ponto de contato entre o patrimônio especial e a comunhão: a referência ao patrimônio coletivo

Como afirmado anteriormente, será necessário um enfoque mais profundo no patrimônio coletivo. Esta figura nada mais representa do que a comunhão de um dado patrimônio. A adjetivação “coletivo” implica na pluralidade de sujeitos titulares que, como será melhor discutido adiante, é o núcleo conceitual da comunhão.

²²⁴ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria general del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 410.

²²⁵ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria general del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 410-411.

²²⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil** – Teoria Geral: Relações e situações jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V. 3. p. 105.

²²⁷ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. atualizada. Coimbra: Coimbra editora, 1999. p. 349.

O patrimônio coletivo é definido em geral como um patrimônio (ou massa patrimonial indivisa) cujo titular é um grupo ou pluralidade de sujeitos²²⁸. Em geral o patrimônio coletivo é considerado existente nos casos de patrimônios especiais ou autônomos, isto é, distintos do patrimônio geral do indivíduo²²⁹.

Carlos Alberto da Mota Pinto²³⁰ explica que de um lado o patrimônio autônomo seria caso em que mais de um patrimônio pertenceria ao mesmo sujeito e, de outro lado, o patrimônio coletivo seria o caso em quem um só patrimônio teria vários sujeitos.

Neste mesmo sentido, José de Oliveira Ascensão explica que o patrimônio autônomo que pertence a pluralidade de sujeitos se configura como patrimônio coletivo:

Dissemos já que o patrimônio autônomo que é pertença de uma pluralidade de pessoas se designa patrimônio coletivo. Logo, na comunhão há um patrimônio coletivo. Desde que há 'dívidas da comunhão', há autonomia patrimonial. Não há autonomia patrimonial perfeita, pois os credores da comunhão podem recair sobre os bens pessoais dos comuneiros, e os credores pessoais destes podem recair sobre a comunhão. Mesmo assim, basta que as dívidas não estejam equiparadas para se poder falar em autonomia patrimonial²³¹.

Além do critério distintivo da pluralidade de sujeitos, o patrimônio coletivo é definido por um regime ou por efeitos jurídicos distintos do patrimônio especial e geral. Estes efeitos mitigam a exclusividade e os poderes de disposição do titular em relação ao patrimônio coletivo.

Esta mitigação da titularidade em geral toma duas formas na doutrina. A primeira forma é a atribuição da titularidade do patrimônio não mais ao indivíduo, mas à coletividade em si. A segunda forma é a atribuição da titularidade a uma quota-parte

²²⁸ “Assim, constituem estes patrimônios aquelas hipóteses em que diversas pessoas são simultaneamente titulares de uma massa de bens de afetação específica, tendo cada um direito a uma quota-parte indivisa do conjunto”. NORONHA, Fernando. Patrimônios especiais: sem titular, autônomos e coletivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 11-34, jan. 1998, p. 29.

²²⁹ “O patrimônio comum distingue-se dos patrimônios gerais dos comuneiros. O que entra naquele é como se pertencesse a outra pessoa. [...]”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 451.

²³⁰ PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. atualizada. Coimbra: Coimbra editora, 1999. p. 349.

²³¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral: Relações e situações jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V. 3. p. 105-106.

indivisa do patrimônio, que não pode ser exercida singularmente sem o consentimento dos outros comunheiros.

Carlos Alberto da Mota Pinto é adepto da primeira explicação, defendendo que a titularidade do patrimônio coletivo pertence ao grupo de pessoas em seu conjunto, sendo impossível que um sujeito aliene sua quota ou fração do patrimônio unilateralmente:

O património coletivo pertence em bloco, globalmente, ao conjunto de pessoas correspondente. Individualmente nenhum dos sujeitos tem direito a qualquer quota ou fracção; o direito sobre a massa patrimonial em causa cabe ao grupo no seu conjunto. Daí que nenhum dos membros da colectividade titular do património possa alienar uma quota desse património ou possa requerer a divisão, enquanto não terminar a causa geradora do surgimento do património colectivo²³².

Fernando Noronha, defende a segunda vertente, que a titularidade incide sobre uma quota parte indivisa do patrimônio, sobre a qual o indivíduo somente poderá dispor dos rendimentos de sua quota parte e, mesmo assim, com autorização prévia dos comunheiros²³³:

[...] No patrimônio coletivo o direito de propriedade de cada titular incide unicamente sobre uma quota-parte indivisa do conjunto, globalmente considerado. Eles não têm direito de propriedade sobre nenhum dos bens que compõem a massa²³⁴.

Fernando Noronha²³⁵ exemplifica as seguintes hipóteses de “patrimônios coletivos” (que incluem hipóteses de comunhão unitária e simples): bens comuns no casamento em regime de comunhão universal e parcial de bens, o espólio, o patrimônio das sociedades não personificadas, as coisas comuns em condomínios edilícios, os consórcios, os fundos de investimentos e a parceria marítima.

A teoria do patrimônio coletivo ocupa-se do problema decorrente da afetação e separação do patrimônio, com a consequente descentralização do sujeito de direito

²³² PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. atualizada. Coimbra: Coimbra editora, 1999. p. 350.

²³³ NORONHA, Fernando. Patrimônios especiais: sem titular, autônomos e coletivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 11-34, jan. 1998, p. 30.

²³⁴ NORONHA, Fernando. Patrimônios especiais: sem titular, autônomos e coletivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 11-34, jan. 1998.

²³⁵ NORONHA, Fernando. Patrimônios especiais: sem titular, autônomos e coletivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 11-34, jan. 1998, p. 31-32.

individual. A superação dos corolários da teoria subjetiva possibilitaram a criação de patrimônios especiais que podem ser titularizados por diversas pessoas.

Isto necessitou um refinamento teórico para explicação dos efeitos jurídicos atribuídos a estes patrimônios, que já não poderiam mais ser dispostos de forma individual e exclusiva sem prejudicar sua finalidade. Desta tensão é que surge a noção do patrimônio coletivo, que expressamente limita a possibilidade de divisão e disposição do patrimônio em relação aos seus titulares singularmente considerados.

A afirmação do patrimônio coletivo encontrou diversas dificuldades na doutrina, em especial pela sua proximidade com as formas associativas e societárias de ação coletiva. José Lamartine de Oliveira apresentou profunda crítica à doutrina brasileira que “equipara a comunhões as sociedades registradas ou ainda não registradas”²³⁶. Em sua visão o elemento de registro não teria o condão de transformar a natureza das sociedades, transformando uma comunhão em associação. Pelo contrário, a comunhão não possuiria o elemento dinâmico da atividade para um fim comum que caracteriza as associações e sociedades, sendo impossível equiparar os institutos somente por conta do elemento formal do registro.

Cássio Frederico Gonçalves e Marinho Pereira alerta em sua pesquisa que esta tensão também remonta à confusão teórica criada pelo uso indistinto do instituto da comunhão para casos em que a união deriva da coisa (romana) e que a união deriva da relação jurídica patrimonial (germânica):

A confusão feita entre o condomínio e patrimônio coletivo, reforçada pelo legislador, é também indicativa de outro fato. Ainda que seja pouco estudado, o instituto do patrimônio coletivo, quando visto, é geralmente explicitado sob a denominação de comunhão. Eis que se apresenta novo complicador, qual seja, a tradicional confusão existente entre dois tipos de comunhão: (1) a do tipo romano e (2) a de direito germânico.
[...]

O uso indiscriminado do termo ‘comunhão’ em referência a dois institutos tão distintos teve dois efeitos bastantes nocivos para a ciência jurídica. Em primeiro lugar, fez com que o regime condominial, que fora melhor regulado pelo legislador, passasse a ser aplicado cada vez mais à comunhão. A prova disto é a crescente convicção de que o patrimônio comum dos cônjuges não passa de um condomínio com algumas poucas regras específicas de direito de família. Em segundo lugar, inibiu um maior desenvolvimento da compreensão dogmática do instituto da comunhão do tipo germânico. É ponto pacífico na doutrina da primeira metade do século XX, no Brasil, que o patrimônio comum dos cônjuges é exemplo de comunhão de mãos juntas, apesar de poucos serem os estudos mais detidos sobre o tema. A mesma

²³⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A teoria das pessoas no ‘esboço’ de Teixeira de Freitas Superação e permanência. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 11, n. 40, p. 7-65, abr./jun. 1987. p. 25.

convicção persiste nos trabalhos nas décadas seguintes, malgrado esta dimensão do instituto venha sendo, paulatinamente, relegada a segundo plano²³⁷.

Esta objeção é mitigada quando se utiliza como referencial a teoria do fato jurídico. Um dos pressupostos da comunhão nessa teoria é que a hipótese central da comunhão é a comunhão unitária, que não se confunde com a comunhão simples, que apresenta efeitos jurídicos diferentes. A comunhão simples compreende os efeitos jurídicos de matriz romana, em especial quanto à subespécie do condomínio. De outro lado, a comunhão unitária aproxima-se aos efeitos da comunhão germânica, pois além de compreender a titularidade comum sobre o patrimônio também adota os efeitos da indivisibilidade e sub-rogação real dos bens contidos²³⁸.

Como se observa, o patrimônio coletivo nada mais é que uma forma de se compreender a comunhão pelo espectro do patrimônio. Isto é, de se pensar a titularidade plural de uma relação jurídica que encobre uma universalidade de bens (e direitos).

Entretanto, o patrimônio coletivo somente denota um caso típico da comunhão, deixando de lado inúmeras outras hipóteses deste instituto. A comunhão ocorre sempre que exista uma pluralidade de sujeitos titulares em relação a um mesmo direito ou relação jurídica. Esta relação nem sempre será o patrimônio como um todo²³⁹. O mesmo pode um só direito ou bem jurídico, sendo que nesse caso há na verdade diversos direitos com um só titular²⁴⁰, isso é, haverá a divisão dos direitos em quota-partes ideais, cada qual titularizada por um só sujeito.

Desta forma, a ideia de patrimônio coletivo é insuficiente para traçar os limites teóricos e operacionais do instituto da comunhão. Este instituto necessita de uma matriz teórica própria que não só enfoque seus efeitos particulares, mas também as

²³⁷ PEREIRA, Cássio Frederico Gonçalves e Marinho. **A comunhão e o problema dogmático do patrimônio coletivo** – Um estudo à luz do patrimônio comum dos cônjuges, da herança e da sociedade em comum. 165 f. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 20-21.

²³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 422-423.

²³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 422.

²⁴⁰ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 106.

hipóteses nas quais existe, isto é, os suportes fáticos que emanam a eficácia própria da pluralidade subjetiva de titulares.

2.2 COMUNHÃO UNITÁRIA E COMUNHÃO SIMPLES NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Com o suporte da teoria do patrimônio é possível iniciar-se a investigação dos contornos normativos do instituto da comunhão unitária. Neste tópico será realizada a análise da dogmática da comunhão, demonstrando-se que existem dois institutos diferentes: a comunhão simples e a comunhão unitária.

Apesar de terem em comum a pluralidade subjetiva, a comunhão simples e a comunhão unitária não se confundem. Tratam-se de institutos jurídicos diferentes que surgem em distintas órbitas do direito privado. Nesse tópico ficará clara a ampla diferença entre esses dois institutos e o seus âmbitos de atuação próprios.

2.2.1 A comunhão como pluralidade subjetiva de direitos

A comunhão é evidenciada no plano da eficácia, sempre que um direito é titularizado por mais de um sujeito. O elemento que define a comunhão é a “pluralidade subjetiva”, que ocorre quando existe mais de um sujeito de direito no polo ativo ou passivo da relação jurídica²⁴¹.

Na definição de Pontes de Miranda a comunhão emana das relações jurídicas ou dos direitos: “Em verdade, há pluralidade subjetiva da relação jurídica ou das relações jurídicas. Há mais: há pluralidade de direitos, que existem *em comum*, ou direito a sujeitos plurais”²⁴². Na visão do autor: “Em acepção ampla, o termo *comunhão*

²⁴¹ O conceito de sujeito de direito é melhor exprimida por Marcos Bernardes de Mello: “Diante do exposto, é evidente que a expressão sujeito de direito deve significar a situação do sujeito considerado no mundo do direito, portanto, do sujeito juridicamente considerado em sua integralidade. Esse sentido tem denotação que abrange: tanto (a) o sujeito ativo (=titular de um direito) e o sujeito passivo (=titular de um dever), em dada relação jurídica, quanto (b) aquele ente que, não sendo pessoa física ou jurídica, seja titular de uma situação jurídica lato sensu qualquer, porque tais situações, em suma, caracterizam titularidade de capacidade jurídica”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 144.

²⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 422.

remete à ideia de titularidade plúrima e concomitante sobre algo que sequer precisa ter existência material ou representatividade em cifras”²⁴³.

Esta perspectiva sem dúvida foi inspirada na doutrina alemã da primeira metade do século XIX, que se debruçaram sobre o problema da existência de diversos titulares em relação a um só direito subjetivo, o que definiram como “sujeito múltiplice”²⁴⁴. Para estes autores, a questão da pluralidade de sujeitos de direito ocorreria sempre que um direito subjetivo se configurasse de forma a admitir que sua titularidade ou exercício pudesse pertencer a diversos sujeitos, como no caso da copropriedade, servidão predial ou usufruto coletivo²⁴⁵.

Andreas von Tuhr afirma que nestes casos haveria uma fuga à regra geral que cada direito somente teria um titular²⁴⁶. Diante desta pluralidade de sujeitos titulares de um mesmo direito, haveriam duas concepções possíveis. Primeiro, poderia admitir-se um direito com mais de um sujeito. E, segundo, poderia se conceber vários direitos (cada qual com um só titular) que conjuntamente atribuiriam uma titularidade normalmente exercida por um só sujeito²⁴⁷. Essa constatação define o “núcleo conceitual” da comunhão, que decorre das consequências da pluralidade de sujeitos em institutos formatados principalmente para a titularidade individual.

Ao identificar duas possíveis formas para a comunhão, Andreas von Tuhr reconhece que são hipóteses de comunidade de direitos que surgem de diferentes formas no Código Civil²⁴⁸. As diferentes regras que dão corpo à comunhão, entretanto, diferenciam-se radicalmente no que diz respeito à sua utilização do “princípio unitário”. No primeiro caso, haveria incidência do princípio unitário, já que “cada direito entra na comunidade somente porque e enquanto pertença ao conjunto”²⁴⁹. No segundo caso

²⁴³ RANGEL, Rafael Calmon. **Partilha de bens**: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 95.

²⁴⁴ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil**: parte general. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1943. v. 1. p. 102.

²⁴⁵ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 102.

²⁴⁶ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1.

²⁴⁷ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 102-103.

²⁴⁸ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 102.

²⁴⁹ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 102.

o princípio unitário não seria aplicável, já que “a situação de fato se refere ao objeto, que consiste em direitos isolados”²⁵⁰

Von Tuhr²⁵¹, admite que nenhuma destas duas concepções sozinha pode explicar a totalidade dos casos, sendo necessário investigar qual a forma de comunidade existente para saber qual a forma mais adequada de comunhão a ser aplicada. Essa constatação denota a principal peculiaridade da comunhão: trata-se de uma eficácia jurídica decorrente de fatos jurídicos que muitas vezes compreendem lógicas distintas e, por isso, não podem ser confundidos.

Enneccerus, Kipp e Wolff²⁵², aprofundam esta ideia, admitindo três formas de se compreender a pluralidade de sujeitos. A primeira seria de direitos e deveres parciais, expressa quando o direito é divisível em certos aspectos, quando a pluralidade de sujeitos pudesse ser reduzida a vários direitos e obrigações parciais. A segunda seria direitos em mão comum, quando o ordenamento confere um direito de forma conjunta e indivisível a vários sujeitos, como a vários sócios ou coerdeiros. A terceira e última seriam os direitos e deveres solidários, quando o direito corresponde totalmente a cada um dos sujeitos, mas a obrigação pode incumbir em sua titularidade a cada devedor, sem implicar na multiplicação do direito.

Esses autores admitem que além dessas três “formas fundamentais” de conexão dos direitos a uma pluralidade de sujeitos, podem ainda existir outras figuras intermediárias que apresentem elementos variados de cada uma das formas fundamentais²⁵³.

A comunhão deriva de respostas específicas às formas que os direitos podem ser titularizados por diversos sujeitos. Por essa razão, as diferentes formas de comunhão (simples e unitária) não se confundem entre si, já que representam respostas diferentes que o ordenamento dá a situações em que há pluralidade subjetiva, mas que pode ou não haver o “princípio unitário”.

²⁵⁰ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 103.

²⁵¹ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 103.

²⁵² ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil**: parte general. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1943. v. 1. p. 302-303.

²⁵³ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil**: parte general. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1943. v. 1. p. 303.

A pluralidade subjetiva pode ser constituída por vontade das partes ou derivar de regra legal específica²⁵⁴. Entretanto, o Código Civil, eixo do sistema de direito privado, não emprega com frequência em sua acepção técnica o termo “comunhão” para disciplinar os casos em que há previsão de pluralidade subjetiva²⁵⁵. Isso, entretanto, pode ser atribuído ao fato que a comunhão está implícita nos suportes fáticos normativos e nas eficácias previstas no ordenamento, exatamente por ser um exercício plural dos direitos instituídos na legislação.

Isso significa que a comunhão pode ser a eficácia de um negócio jurídico, no qual as partes livremente estipulam a titularidade conjunta sobre dado bem jurídico. De outro lado, a comunhão pode também derivar de ato ou fato jurídico, irradiando sua eficácia própria quando preenchidos os suportes fáticos prescritos na norma. Em outras palavras, a comunhão pode ser uma eficácia jurídica diretamente pretendida pelas partes, mas também pode ser o regime jurídico aplicável à conduta do sujeito²⁵⁶.

A pluralidade subjetiva da relação jurídica, neste segundo caso, criada sem a escolha livre dos sujeitos, em geral terá como pressuposto uma certa indivisão do direito titularizado pelos sujeitos²⁵⁷. É essa indivisão que dá o sentido do “princípio unitário” postulado por Von Tuhr, pois o elemento de invisibilidade que se observa decorre da impossibilidade de divisão do exercício das faculdades por cada comunheiro sem afetar as faculdades dos demais.

Em geral ocorre que existem faculdades divisíveis, que podem ser exercidas em parte pelos comunheiros, o que implica na inexistência do “princípio unitário”. Mas

²⁵⁴ “A titularidade sobre os objetos de direito, sejam coisas ou obrigações, pode pertencer, em comum, a diversos sujeitos. A concorrência destes, com direitos legais sobre o mesmo objeto, constitui a *comunhão*, denominada *voluntária*, quando de origem da vontade, por convenção ou ato unilateral, ou legal, quando decorrente da lei”. MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 213.

²⁵⁵ RANGEL, Rafael Calmon. **Partilha de bens**: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 96.

²⁵⁶ “Além disto, deve-se notar que os negócios jurídicos envolvidos na comunhão e no condomínio emanam de atos involuntários ou voluntários de manifestação de vontades completamente díspares à verificada pelos sócios na formação da SCP. Isso porque a comunhão decorre de um fato jurígeno circunstancial ou incircunstancial em que duas ou mais pessoas detenham bens ou direitos em estado de indivisão, podendo originar-se ou não de atos de manifestação de vontades que tenham por fim suas compropriedade, independentemente de qualquer interesse associativo, que inclusive pode existir, mas relegado a segundo plano”. RAMIRES, Rogerio. **A sociedade em conta de participação no direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 97.

²⁵⁷ MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 214.

também existem as faculdades indivisíveis, que só podem ser exercidas pelos comunheiros na medida em que não lesionem o interesse dos demais²⁵⁸.

Na fecunda colocação de Pontes de Miranda, a comunhão depende da pluralidade de sujeitos mas também é contingente àqueles direitos passíveis de serem titularizados por mais de um sujeito sem se atomizarem:

Pôsto que, de regra, a cada direito corresponda um só sujeito, sem qualquer inserção de outrem (direito à nacionalidade, direitos pessoais dos cônjuges), há direitos que podem pertencer a dois ou mais sujeitos, - tal como ocorre com a propriedade, com a servidão a favor de dois ou mais prédios, a hipoteca, o penhor, os direitos de crédito, sem quebra do princípio da individualidade dos direitos, de que já tratamos. [...] Quanto à pluralidade de sujeitos, nenhuma dificuldade há em que se conceba a relação jurídica como relação com pluralidade de sujeitos, nem o direito como direito com pluralidade de titulares. Apenas – e aqui tem de afastar qualquer resposta *a priori*, quer no sentido da tese, quer no sentido da antítese – fatos e as conveniências da vida social exigem que alguns direitos sejam suscetíveis de pluralidade subjetiva, e outros não; que a inserção de mais um sujeito implique cissiparidade do direito, ou não na implique; e que a transmissão a dois, ou mais, determine a comunhão, ou determine a pluralização do direito mesmo.²⁵⁹

Como se observa, para que o direito seja passível de comunhão entre diversos sujeitos, este direito (ou direitos) não podem ser imediatamente divisíveis ou transmissíveis de forma a se dividirem, individualizarem ou reduzirem seus sujeitos titulares a um só na sua gênese ou execução. Novamente, é esse o sentido do “princípio unitário” postulado por Von Tuhr²⁶⁰, já que a “unidade” decorre da impossibilidade de que cada comunheiro exerça individualmente seu direito sem afetar os direitos dos demais.

Se os direitos em questão puderem ser exercidos de forma individual, ou forem incompatíveis de exercício por diversos sujeitos, a comunhão não opera seus efeitos próprios. Por essa razão, não existe uma relação de gênero e espécie entre a comunhão simples e comunhão unitária. O único elemento unificador desses institutos é a pluralidade subjetiva. De outro lado, a eficácia própria da comunhão ocorrerá

²⁵⁸ ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil**: parte general. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1943. v. 1. p. 303.

²⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 421-422.

²⁶⁰ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 103.

plenamente só na comunhão unitária, que são os casos em que a relação jurídica é indivisível e, portanto, há presença do “princípio unitário”.

É também essa lógica que motiva Pontes de Miranda a afirmar que “Nos sistemas jurídicos de hoje, não há comunhão simples de crédito²⁶¹”. As regras que regulamentam o crédito e a prestação tolhem os efeitos da comunhão ao prescreverem a solidariedade da prestação, por exemplo, pela possibilidade do credor solidário de exigir o cumprimento da prestação por inteiro (art. 267 do Código Civil Brasileiro²⁶²), responsabilizando-se perante os demais credores pela parte que lhes cabia (art. 272 do Código Civil Brasileiro²⁶³).

Neste caso, o direito ao crédito é maleável em virtude da sistemática da prestação, de forma que os efeitos da pluralidade subjetiva na relação jurídica será mitigada ou desaparecerá. Assim, há uma redução da pluralidade subjetiva do direito de crédito que implica em uma dificuldade que este direito emane os efeitos próprios da comunhão unitária de forma duradora²⁶⁴.

Posição semelhante é adotada por Sylvio Marcondes:

Se a comunhão concerne a uma obrigação indivisível, ativa ou passiva, subordina-se às regras de solidariedade (Cód. Civil, arts. 891, 892 e 896, parágrafo único). Se recai sobre um direito de propriedade, gera o condomínio, regulado pelos arts. 623 e segs. do Cód. Civil e assim definido: ‘é o direito de propriedade, exercido por mais de uma pessoa, conjuntamente, sobre uma coisa, cabendo a cada uma o mesmo poder jurídico, idealmente na totalidade e nas mínimas partes da coisa’²⁶⁵.

Desta forma, chega-se à conclusão que nem todos os direitos ou relações jurídicas são passíveis de gerar comunhão. É uma peculiar forma de “indivisibilidade” do direito que origina a comunhão que permitirá que os efeitos da comunhão emanem de forma própria. Esta “indivisibilidade” pode decorrer de duas situações: da natureza

²⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 429.

²⁶² Código Civil Brasileiro: “Art. 267. Cada um dos credores solidários tem direito a exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro”.

²⁶³ Código Civil Brasileiro: “Art. 272. O credor que tiver remitido a dívida ou recebido o pagamento responderá aos outros pela parte que lhes caiba.”

²⁶⁴ Pontes de Miranda afirma que “A figura da comunidade simples é forte demais para se explicar o que se passa [...]”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 429.

²⁶⁵ MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 213.

indivisível do bem jurídico submetido a comunhão e da pluralidade dos direitos reunidos em uma universalidade patrimonial.

No primeiro caso há uma situação de indivisão ínsita do bem jurídico. O caso mais comum é a propriedade conjunta de um bem material, uma coisa. A comunhão nesse caso é uma comunhão simples, na qual não há o “princípio unitário”, uma vez que implicam “na divisão das faculdades próprias do domínio de acordo com uma proporção numérica”²⁶⁶. Diferentemente da comunhão unitária, cujos efeitos buscam perenizar e compatibilizar a titularidade comum (comunidade), na comunhão simples os efeitos buscam delimitar os poderes e pretensões em torno de frações ideais, facilitando seu exercício individual.

É por esta razão que a comunhão simples aplica o regime do condomínio: “À comunhão, como relação jurídica subjetiva considerada *in genere*, corresponde, especificamente, no condomínio, o estado de *indivisão* da coisa, que se manifesta de dois modos diversos: *pro-diviso* e *pro-indiviso*”²⁶⁷.

O que ocorre nesse caso é que existem uma coletividade de direitos separados incidentes a um único objeto, mas que são iguais em seu conteúdo e hierarquia²⁶⁸. Nestes casos há uma indivisão das faculdades que normalmente são exercidas por um titular único, sendo que a comunhão funciona como uma “linha de demarcação” entre os direitos dos comunheiros, de forma de cada um está autorizado a usar da coisa tanto quando não prejudique o uso dos demais²⁶⁹.

No segundo caso não há indivisão propriamente dita, mas sim uma junção dos direitos em uma universalidade, que é o patrimônio. Isto ocorre essencialmente por força da autonomia privada do indivíduo, que especializa parte de seu patrimônio e o conjuga com o patrimônio de outro sujeito, criando uma titularidade comum²⁷⁰.

²⁶⁶ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 103.

²⁶⁷ MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 213-214.

²⁶⁸ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 106.

²⁶⁹ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 107.

²⁷⁰ Também concebido como patrimônio coletivo, esta situação de especificação e indivisão patrimonial opera os efeitos da comunhão: “Assim, constituem estes patrimônios aquelas hipóteses em que diversas pessoas simultaneamente titulares de uma massa de bens de afetação específica, tendo cada o direito a uma quota-parte indivisa do conjunto”. NORONHA, Fernando. Patrimônios especiais: sem titular, autônomos e coletivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 11-34, jan. 1998, p. 29.

Nestes casos, o que está em comum entre os titulares não é só o exercício do direito, mas o direito em si. Nestes casos, não é possível o exercício individual de qualquer pretensão, já que qualquer ato de disposição em relação ao direito será vinculante também em relação aos demais comunheiros²⁷¹.

A comunhão unitária é por excelência o regime aplicável às situações de pluralidade subjetiva. Essa distinção é tão fundamental que existem autores que denominam a comunhão unitária de “mancomunhão”, pois “(...) jamais pode ser confundida com o condomínio ou a comunhão ordinária”²⁷². A diferença fundamental entre a comunhão simples e unitária será melhor exposta no próximo tópico.

A comunhão, então, evidencia-se somente quando alguns direitos peculiares preenchem seu suporte fático e surge um fato jurídico, criando uma relação jurídica que admite a titularidade simultânea por mais de um sujeito de direito. Em outras palavras, a comunhão unitária é uma categoria do plano da eficácia, que emana de certos fatos jurídicos que cumprem os critérios de existência e validade exigidos pelo ordenamento.

Tome-se como exemplo a hipótese de comunhão inserida no art. 988 do Código Civil Brasileiro²⁷³. A regra aplicável às Sociedades em Comum opera-se no plano da eficácia. Isto significa que antes do patrimônio social passar à titularidade comum dos sócios é necessário que haja um contrato de sociedade²⁷⁴ existente e válido.

Quando há um contrato social que preencheu todo o suporte fático previsto no art. 981 do Código Civil Brasileiro e que cumpra todos os critérios de validade do art. 104 do Código Civil Brasileiro ele opera os efeitos da comunhão unitária. Isto é, ao preencher todos os componentes do negócio jurídico plurilateral da Sociedade em Comum os sócios passam a ser condôminos em relação ao patrimônio especial afetado em relação à sociedade²⁷⁵.

²⁷¹ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria general del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 117.

²⁷² RANGEL, Rafael Calmon. **Partilha de bens**: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 105.

²⁷³ Código Civil Brasileiro: “Art. 988. Os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum”.

²⁷⁴ Código Civil Brasileiro: “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”.

²⁷⁵ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A sociedade em comum**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 158.

A comunhão, neste caso, mantém seu núcleo conceitual de ser uma relação jurídica com pluralidade subjetiva de titulares, neste caso os sócios. Isto ocorre devido à peculiaridade que a sociedade em comum não pode se personificar, isto é, não é recoberta pela personalidade jurídica e portanto não existe a unificação do patrimônio em torno de um novo sujeito de direito (pessoa jurídica)²⁷⁶.

É esta dinâmica que leva Marcos Bernardes de Mello a constatar que existem mais sujeitos de direito do que pessoas, que será retomada adiante²⁷⁷. Entretanto, mesmo se consideradas sujeitos de direito, as sociedades não personificadas expressamente não detêm capacidade de titularizarem patrimônio próprio. No caso da sociedade em comum existe regra expressa que especializa e mantém em comunhão o patrimônio social²⁷⁸. Já a sociedade em conta de participação é centralizada na pessoa (personalidade) do sócio ostensivo, com efeitos direitos sobre o patrimônio especial²⁷⁹.

Como se observa, alguns institutos jurídicos, tal como as sociedades personificadas²⁸⁰ terão o condão de extinguir a comunhão, atribuindo as relações jurídicas e direitos a um só titular (a pessoa jurídica). A outra dimensão que extingue a comunhão é a divisão²⁸¹ do bem ou direito que ensejou a pluralidade de titulares.

²⁷⁶ “A inexistência de um sujeito de direito, a pessoa jurídica sociedade, impede a perfeita determinação de um centro de imputação autônomo, mas o legislador cria o patrimônio separado ou especial, como o que ficam, limpidamente, disciplinadas as relações patrimoniais entre o grupo de sócios, que atua de forma unitária, e terceiros”. FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça. (Coord.). **Código civil comentado: direito de empresa**. São Paulo: Atlas, 2008. v. 11. p. 165.

²⁷⁷ Isto ocorre pois existem organizações que não detêm personalidade jurídica, mas tem capacidades jurídicas contingentes atribuídas pelo ordenamento. Isto implica que elas tomarão parte em um dos polos da relação jurídica: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 144.

²⁷⁸ Código Civil Brasileiro: “Art. 988. Os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum”.

²⁷⁹ RAMIRES, Rogerio. **A sociedade em conta de participação no direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 55.

²⁸⁰ “[...] Ainda a respeito das sociedades em nome coletivo, se o sistema jurídico as *personifica*, claro é que as desloca do plano das comunidades unitárias para o plano das pessoas, e toda alusão à pluralidade subjetiva seria errônea; como toda alusão à unidade subjetiva o seria, se o sistema jurídico negasse a personificação”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 424.

²⁸¹ “[...] Divide-se a coisa; desce-se ao mundo fático; a comunhão cessa, porque falta, desde a divisão (que é no suporte fático), o elemento que prenda os direitos; cada um dos titulares recebe e dá ao outro (execução pela divisão), de jeito que se faz proprietário unitário. [...]”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 427.

Os contornos da comunhão, deste modo, encontram-se primeiro, num aspecto quantitativo, definido pela pluralidade de sujeitos em titularidade do direito ou relação jurídica. E, segundo, num aspecto qualitativo, definido pela indivisão voluntária ou inerente da relação jurídica ou direito. Evidenciados estes pressupostos a comunhão vai operar seus efeitos até sua dissolução, que pode ocorrer pela extinção do direito ou relação jurídica, sua divisão ou pela redução dos sujeitos titulares a um só.

Uma vez definidos os contornos básicos da comunhão, é fundamental as diferentes formas de titularidade plural e os efeitos da comunhão previstas no ordenamento. Neste aspecto, existem dois distintos e peculiares regimes de comunhão no direito privado brasileiro. A seguir serão analisadas a comunhão unitária e comunhão simples, demonstrando a singularidade de cada qual.

2.2.2 A fundamental distinção entre comunhão simples e comunhão unitária

A comunhão pode ser definida como a pluralidade subjetiva de direitos. Direitos que são indivisíveis e passíveis de serem titularizados por mais de um sujeito levam a um estado de comunhão²⁸². Essa definição abrangente, por outro lado, pode levar à errônea percepção que existe um gênero “comunhão” que admite inúmeras e diferentes espécies.

Quando diferenciadas a comunhão simples e a comunhão unitária²⁸³, não está a se sugerir que ambas são espécies de um mesmo gênero, mas sim que são institutos completamente diversos, cuja aplicação não se confunde entre si. Se de um lado a comunhão unitária é a hipótese de comunhão em que o elemento de “comunidade” (e universalidade) é evidente e sobressaliente²⁸⁴, a comunhão simples implica em regimes especiais entre os quais se encontra o condomínio (e também as

²⁸² MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 213.

²⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 422.

²⁸⁴ RANGEL, Rafael Calmon. **Partilha de bens: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 106.

servidões), cujos efeitos são a “reunião de direitos reais de propriedade que se exercem sobre o mesmo bem” ²⁸⁵.

Esta distinção, fundamental à concepção teórica da comunhão, foi elaborada na doutrina alemã, ganhando corpo principalmente através da obra de Andreas von Tuhr²⁸⁶.

Esse autor alemão é um dos primeiros a adotar os adjetivos “simples” e “unitária” para diferenciar as formas de titularidade plural. Para o autor, a diferença residiria no fato que a comunhão simples seria derivada de uma “situação de fato” pela qual diversas pessoas seriam titulares de um só objeto²⁸⁷. Já a comunhão unitária ocorreria nos casos em que um patrimônio especial tiver como titular uma pluralidade de pessoas²⁸⁸.

É fundamental ressaltar que Von Tuhr não só diferencia a comunhão unitária com relação à titularidade em relação a um patrimônio comum, mas também em relação à possibilidade de divisão dos direitos em relação aos titulares. Se a comunhão unitária é um direito com vários sujeitos, a comunhão simples são vários direitos com um único sujeito²⁸⁹.

Essa definição da comunhão decorrente da pluralidade de titularidade sobre um bem ou a uma relação jurídica patrimonial influenciou profundamente a obra de Pontes de Miranda, que adotou esta mesma distinção e a seu turno influenciou grande parcela da doutrina brasileira.

O primeiro caso de comunhão é a comunhão simples. A comunhão simples existe em relação a direitos (ou bem jurídicos) que implicam numa indivisão decorrente de sua própria natureza. Esta natureza como regra implica em uma impossibilidade de divisão do direito pois o “bem da vida” em questão não é divisível. O principal exemplo neste caso é o condomínio voluntário.

²⁸⁵ PENTEADO, Luciano Camargo. **Direito das coisas**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais, 2012. p. 453.

²⁸⁶ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 101-119.

²⁸⁷ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 103.

²⁸⁸ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 427.

²⁸⁹ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 104 e 106.

O condomínio voluntário existe quando há pluralidade subjetiva (mais de um titular) em relação a uma coisa²⁹⁰. Conforme define Luciano de Camargo Penteado²⁹¹, a coisa é um bem jurídico corpóreo objeto dos direitos reais de posse e propriedade. São características das coisas o caráter corpóreo, a possibilidade de apropriação e o valor econômico²⁹². É a corporeidade que em regra causará a comunhão simples. Isto, pois a indivisibilidade da coisa (*corpus*) que impede a divisão do direito e, conseqüentemente, causa a comunhão.

Um bem móvel ou imóvel em condomínio, isto é, titularizado por mais de um sujeito, implica na comunhão dos direitos proprietários por conta da impossibilidade de divisão da coisa sem a perda de sua utilidade econômica. A única divisão possível dos direitos reais em questão são refletidas nas quotas-partes, que reflete a proporção da titularidade e dos direitos do sujeito sobre a coisa²⁹³.

Pontes de Miranda complementa este exemplo, afirmando que a indivisibilidade do condomínio decorre do próprio “bem da vida” e a esfera comum é reduzida, seja pela divisão em quotas, seja por se tratar de parcela reduzida do bem (áreas comuns de imóveis):

Na comunhão simples é inegável o *quid* da comunhão, mas a pluralidade de sujeitos vem à tona. Não há aquela pele do patrimônio comum. Os titulares são dois ou mais e os direitos tantos quantos os sujeitos. Na composses e no condomínio, cada um dos comuneiros é titular de sua quota. O que há de comum é muito pouco; e diminui, ainda mais, quando se passa à comunhão *pro diviso*, na qual as partes comuns podem ser pequeníssimas (e.g., o corredor de saída; o pátio)²⁹⁴.

Como se observa, na definição desse autor há um *quid* de comunhão, mas não se operam os efeitos próprios da comunhão unitária. O que ocorre é a aplicação de outro regime jurídico, tendo em vista que a ausência do elemento de indivisão que

²⁹⁰ Código Civil Brasileiro: Art. 1.314. Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.

²⁹¹ PENTEADO, Luciano Camargo. **Direito das coisas**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais, 2012. p. 52.

²⁹² PENTEADO, Luciano Camargo. **Direito das coisas**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais, 2012. p. 54.

²⁹³ Código Civil Brasileiro: “Art. 1.315. O condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa, e a suportar os ônus a que estiver sujeita”.

²⁹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 424.

configura a comunidade. Por isso não o instituto jurídico aplicável ao caso não é o da comunhão, mas sim o do condomínio.

Luciano Camargo Penteado pontua que não há uma relação de espécie e gênero entre comunhão e condomínio, sendo categorias distintas. O autor explica que “Condomínio não se confunde com comunhão. Condomínio, sob o prisma de direitos subjetivos, consiste em concorrência de pretensões, poderes sobre a mesma coisa. É a reunião de direitos reais de propriedade que se exercem sobre o mesmo bem. [...]”²⁹⁵.

Segue explicando que no condomínio existem duas facetas: a pluralidade de situações jurídicas e a pluralidade de sujeitos. O mesmo não ocorre na comunhão, na qual não se pode falar em pluralidade de situações jurídicas, mas sim em uma só situação jurídica em que o mesmo direito sobre determinada coisa apresenta sujeitos diversos. De outro lado, “[...] No condomínio ressalta-se o estado de indivisão da coisa, com direitos distintos, incidindo sobre partes do mesmo objeto, direitos estes que pertencem a sujeitos igualmente diversos”²⁹⁶.

O segundo caso a ser investigado é a comunhão unitária. Esta comunhão, diferentemente da comunhão simples, não decorre de direitos sobre um só bem ou coisa, mas sim deriva da titularidade de uma universalidade (o patrimônio). Desta forma, a “indivisão” do direito não decorre por exigência fática da coisa, mas sim por força da universalidade que recobre o patrimônio.

Andreas von Tuhr qualifica essa “indivisão” do todo patrimonial como um “princípio unitário”, que significa a existência de um direito com vários sujeitos²⁹⁷. Para Von Tuhr, a comunhão unitária seria decorrente de uma situação na qual “um único patrimônio tem por titular várias pessoas”²⁹⁸. Isto cria um patrimônio comum com vários sujeitos titulares, em situações em que normalmente haveria somente um sujeito titular²⁹⁹.

²⁹⁵ PENTEADO, Luciano Camargo. **Direito das coisas**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais, 2012. p. 453.

²⁹⁶ PENTEADO, Luciano Camargo. **Direito das coisas**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais, 2012. p. 454.

²⁹⁷ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 104.

²⁹⁸ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 427.

²⁹⁹ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 438.

Realizando o contraste entre a comunhão assentada sobre a indivisão da relação jurídica (patrimônio) e o condomínio, que decorre da indivisão do bem (coisa), Pontes de Miranda melhor especifica o papel central da unidade conferida pelo patrimônio:

A comunhão *simples* não acontece em virtude de relação jurídica geradora de patrimônio à parte. A pele, que envolve o todo em que os direitos e deveres entram, não existe. A comunhão simples é consequência da pluralidade, ocorrida, de sujeitos a respeito de determinado bem da vida. Não há, repita-se, a cápsula do patrimônio. A multiplicidade de sujeitos é imediata; não há direito ao patrimônio, que venha antes, porque não há relação jurídica de patrimônio. É o caso do condomínio, da comunhão *pro diviso*, da própria com posse, se não há pré-exclusão do art. 488³⁰⁰.

O autor compara o patrimônio a uma “pele” ou “capsula” que envolve os direitos e deveres, permitindo a titularidade de todos os bens e direitos envolvidos nesta relação por vários sujeitos sem sua pulverização. No sentido reverso, quando a unicidade trazida pelo patrimônio está ausente a pluralidade somente ocorre sobre o bem da vida em sua singularidade³⁰¹.

Como foi anteriormente observado, o patrimônio tem como uma de suas principais características a universalidade, que incorpora os direitos e bens jurídicos em uma só relação jurídica polarizada por uma finalidade³⁰². Esta dinâmica foi sintetizada por Pontes de Miranda que afirmou que “O Patrimônio apresenta certo grau de compactitude; é o fim que o liga”³⁰³.

Desta forma, a comunhão unitária se distingue da comunhão simples em dois níveis. Primeiro, a indivisão subjacente na comunhão unitária deriva da universalidade do patrimônio, enquanto na comunhão simples deriva da indivisão de um bem ou coisa. Segundo, na comunhão unitária a comunhão emana seus efeitos a partir de

³⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 422-423.

³⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 424.

³⁰² “Universalidade é o mesmo que ‘conjunto’, ou, na moderna teoria dos sistemas, um ‘sistema’: um conjunto de coisas (e, ou de direitos) unificados com vista a um determinado fim e que, por isso, é encarado como uma unidade”. NORONHA, Fernando. Patrimônios especiais: sem titular, autônomos e coletivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 11-34, jan. 1998, p. 14.

³⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 440.

uma relação jurídica (patrimônio), enquanto na comunhão simples emana seus efeitos a partir de um direito (a um bem ou coisa).

Passando à comunhão unitária, Pontes de Miranda define a categoria como a pluralidade de sujeitos em relação a uma relação jurídica (o patrimônio), cujos efeitos são atribuir direitos, deveres, pretensões, ações e exceções a todos os sujeitos titulares de forma unívoca:

Na comunhão *unitária*, há pluralidade de sujeitos com unidade de relação jurídica, que é a do patrimônio, - o que permite que entrem, e saiam, direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções, sem que a relação jurídica mude. O princípio de que a relação e os seus termos são elementos necessários da identidade fica de pé, incólume, podendo os direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções perpassar sob a pele patrimonial. Porém, a identidade da relação jurídica envolvente, *no tempo*, faz necessária a estruturação dos direitos, deveres, pretensões, ações e exceções como a sujeitos plurais. Cada direito, cada dever, cada pretensão ou obrigação, cada ação ou exceção, é ente jurídico *uno*, mas com pluralidade (necessária) de titulares. [...] ³⁰⁴

Uma das formas mais comuns de comunhão unitária são a comunhão de bens entre conjuges e a comunhão hereditária na herança. Em ambos os casos haverá pluralidade subjetiva na relação jurídica do patrimônio³⁰⁵. Essa pluralidade subjetiva causa uma comunicação do todo (patrimônio) de forma simultânea e indistinta, criando “(...) uma absoluta identidade de interesses sobre a massa comum”³⁰⁶.

No caso da comunhão de bens, quando um bem é adquirido por um cônjuge em comunhão universal de bens, esse bem adentra o patrimônio geral dos cônjuges, que é comum em praticamente sua integralidade. A relação jurídica neste caso é plurissubjetiva desde a aquisição. Situação idêntica ocorre com a herança, mudando somente a participação dos comunheiros, que no casamento é metade e na herança é proporcional ao número de herdeiros³⁰⁷.

³⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 423.

³⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 422.

³⁰⁶ RANGEL, Rafael Calmon. **Partilha de bens**: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 107.

³⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 422.

A comunhão nestes casos emana da relação jurídica do patrimônio. Isto significa que os bens e direitos primeiro serão submetidos à eficácia do patrimônio (universalização, unificação) para depois serem submetidos à eficácia da comunhão (pluralidade de titularidades). Nas palavras de Pontes de Miranda: “O problema de saber quem são os sujeitos dos direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções dentro do patrimônio, é independente de se afirmar a pluralidade subjetiva na relação jurídica (envolvente) de comunhão unitária”³⁰⁸.

O elemento distintivo é que tudo se opera a sobre a relação jurídica patrimonial. Neste sentido, Karl Larenz explica que as previsões legais geralmente contém em seus elementos situações de fato (ações humanas). De outro lado, existe uma outra série de elementos das previsões legais, que são as relações jurídicas (domicílio, capacidade negocial, nacionalidade). Larenz explica que frequentemente o que se coloca em litígio é a existência da própria relação jurídica, o que exige uma “remontar àqueles factos, acções, declarações de vontade, de que deriva, quando existem, a relação jurídica afirmada”³⁰⁹.

A observação de Larenz é confluyente com as causas geralmente atribuídas à formação da comunhão. Estas “causas” que podem levar à comunhão podem ainda serem qualificadas como voluntária (criada pela vontade dos titulares), incidental (derivada de causas alheias à vontade dos titulares) e forçosa (quando imposta pela lei)³¹⁰.

Os bens jurídicos, desta forma, antes de mais nada são considerados como parte de um dado patrimônio. O pertencimento a dado patrimônio, entretanto, depende de circunstâncias diversas, reguladas por outras órbitas de direitos que incidem sobre a conduta dos titulares (direito das coisas, obrigações). Somente posteriormente ao ingresso dos bens ao patrimônio comum é que emanam os efeitos da comunhão. Os efeitos da comunhão incidentes à relação jurídica patrimonial visam modificar os

³⁰⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 423.

³⁰⁹ “[...] Para verificar se se dá o facto previsto na norma que funda a pretensão’ (por exemplo, no § 985 do Código Civil), há aqui, portanto, necessidade da apreciação jurídica de uma situação de facto que podia derivar a aquisição da propriedade pelo autor. De novo se aplicarão outras normas jurídicas (como sejam as normas sobre a aquisição da propriedade), que, por sua vez, podem igualmente conter elementos jurídicos na sua previsão (por exemplo a capacidade negocial do alienante). [...]”. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Trad. José Sousa de Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 257.

³¹⁰ CICERO, Cristiano. **Della Comunione**: artt. 1100-1116. Milano: Giuffrè Editore, 2017. p. 16.

efeitos dos direitos referentes aos bens, tal como impedir que um só dos titulares aliene ou disponha do bem sem a autorização de seu comunheiro.

O aspecto prático desta dinâmica ocorre, pois, o ordenamento busca impedir que um comunheiro disponha de um direito sem dispor da coisa. Em outras palavras, um cônjuge não pode alienar um bem sem que o outro também aliene. De forma idêntica, um herdeiro não pode transferir sua parte da herança sem o consentimento dos coerdeiros³¹¹.

A conclusão apontada por Pontes de Miranda é que o patrimônio serve como elemento de unificação dos direitos, operando de modo muito semelhante a uma esfera jurídica autônoma, mas, em verdade, servindo para permitir a administração comum dos direitos em titularidade comum:

[...] *Tudo se passa como se patrimônio fôsse o titular*, mas a ciência não precisa de ficção para o explicar. Os direitos e deveres é que são *em comum*. A administração dos bens comuns é organizada exatamente para se manter no plano dos fatos o que resulta dos conceitos jurídicos. Os atos por conta e a favor do patrimônio comum são apenas, elípticamente, os atos por conta e a favor ‘dos titulares’ do patrimônio comum, inclusive em caso de quantia que provém de alienações. A distribuição, que se tem por fito e se obtém com a liquidação, é que despluraliza a subjetividade, *envolvente*, do patrimônio, em que se alojavam os direitos e deveres, as pretensões e obrigações, as ações e exceções, porque se partiu da causa, que foi a relação jurídica do patrimônio. Tal é o que se verifica em toda comunhão unitária³¹².

Em outros termos, primeiramente observa-se o efeito unificador do patrimônio, que reúne diversos direitos (bens, obrigações e créditos) em uma só universalidade. E, de modo reflexo, exerce-se a titularidade comum referente a este patrimônio, com suas especificidades e limitações próprias³¹³.

³¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 422.

³¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 422.

³¹³ “[...] A unificação do conglomerado e a transformação do continente em objeto de direito tem por objetivo a atração de regime jurídico próprio, pelo qual o conteúdo pode, dentro dos limites legais, se alterar, se comprimir ou se ampliar. Não há direito de propriedade inato sobre o patrimônio que subsista ainda que não haja elementos. Cuida-se o patrimônio de bem incorpóreo titularizado por aquele que é titular das situações jurídicas subjetivas ativas que o integram, pela razão segundo a qual não se afigura possível uma pessoa ser titular da universalidade e outra de seus elementos, tendo em conta o liame indissolúvel entre o continente e o conteúdo.” OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 191.

Essa dinâmica é complexa quando analisada normativamente, mas no mundo concreto se resume a barreiras ao exercício exclusivo e individual de direitos que são compartilhados. Em geral é observado no momento de disposição e alienação dos direitos. Bens unidos pelo patrimônio sob a titularidade de dois sujeitos dependem da vontade de ambos para serem alienados, como no citado exemplo da comunhão universal de bens dos cônjuges.

Luciano de Camargo Penteado dá exemplo concreto neste sentido. Ele sugere uma separação judicial consensual de casal em regime de comunhão universal de bens que possui duas casas de igual valor. Como comunheiros teriam direito de propriedade das casas e na partilha poderiam destinar uma casa a cada, sem a necessidade de pagamento de imposto de transmissão, cuja eficácia derivaria da própria sentença homologatória da partilha³¹⁴.

No caso de os proprietários não serem comunheiros destas mesmas duas casas de igual valor, haveria um condomínio entre as partes. Neste caso, se quiserem trocar suas quotas-partes para cada qual terminar como proprietário exclusivo de um imóvel seria necessária uma escritura pública para a transmissão (troca ou venda), incidindo o imposto de transmissão de bens imóveis (ITBI)³¹⁵.

No primeiro caso não há uma transmissão, uma vez que os imóveis já se encontravam integralmente na titularidade e no patrimônio de ambos os cônjuges. O que ocorre é a extinção da comunhão dos patrimônios, com atribuição de metade dos bens a cada cônjuge. No segundo caso não existe comunhão, sendo que cada parte é titular exclusivo de parte ideal de cada imóvel, sem que haja qualquer conjunção ou contato entre seus patrimônios. Por isso a necessidade de transmissão dos bens por negócio jurídico, com as consequências decorrentes.

Em uma última distinção, fundamental para este trabalho, é importante observar que a comunhão unitária poderá recair sobre duas situações distintas, que envolvem patrimônio geral do indivíduo e os patrimônios especiais (ou separados). O

³¹⁴ PENTEADO, Luciano Camargo. **Direito das coisas**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais, 2012. p. 454.

³¹⁵ PENTEADO, Luciano Camargo. **Direito das coisas**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais, 2012. p. 455.

exemplo da comunhão universal de bens trata-se de uma modalidade de comunhão que terá efeitos sobre o patrimônio geral dos cônjuges³¹⁶.

De outro lado, a comunhão unitária pode operar seus efeitos também sobre patrimônios separados. Neste caso, haverá um novo elemento no cerne da relação jurídica: a finalidade³¹⁷. A comunhão sobre patrimônios especiais será melhor explorada no próximo tópico.

Em derradeira conclusão, deve-se novamente deixar claro que a comunhão encontra seus efeitos próprios na comunhão unitária, não se confundindo de nenhum modo com os casos de comunhão simples. O regime jurídico de cada qual apresenta consequências diversas e a função de cada qual também não se confunde.

2.2.3 A eficácia da comunhão e da personalidade jurídica: as fronteiras entre generalidade, autonomia e especialidade patrimonial

Como foi observado anteriormente, o patrimônio pode ser diferenciado quanto à sua generalidade e autonomia. Isto significa que existem patrimônios especiais, separados do patrimônio geral do sujeito. Também significa que os patrimônios podem ser autônomos em relação ao titular originário dos bens.

Andreas von Tuhr³¹⁸ explica que o patrimônio especial existe quando uma única pessoa é titular de vários patrimônios. Desta forma, o patrimônio comum (em comunhão unitária) poderia ser classificado como um caso de patrimônio especial, por estar separado do restante do patrimônio de seus titulares. De outro lado, este autor argumenta que o patrimônio comum é separado do patrimônio geral do titular não só da mesma forma que o patrimônio especial, mas principalmente pela sua condição de ter titulares múltiplos³¹⁹.

³¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte especial – dissolução da sociedade conjugal casamento. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 8. p. 183.

³¹⁷ “O patrimônio afetado, por se encontrar destinado à realização do escopo que o unifica, recebe tratamento diferenciado, compatível com a promoção da finalidade para a qual foi constituído. Verifica-se, desse modo, que a segregação patrimonial não reforça a posição de seu titular, antes a arrefece, já que este se encontra adstrito à observância do fim ensejador da separação”. OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 226.

Também pode se encontrar ideia semelhante em: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A sociedade em comum**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 157.

³¹⁸ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 427.

³¹⁹ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 432.

O patrimônio especial então se diferencia do patrimônio geral pois o patrimônio especial é submetido a um conjunto maior de regras específicas que mitigam sua generalidade. Estas regras específicas submetem o patrimônio especial a critérios de desenvolvimento econômico e esfera jurídica mais restrita³²⁰.

O patrimônio autônomo, entretanto, não é desvinculado do sujeito de direito titular, muito pelo contrário, ele se torna um patrimônio geral de uma nova pessoa, a pessoa jurídica:

A comunhão unitária é o que mais se aproxima da sociedade personificada, porém falta-lhe o *quid* da titularidade una: na sociedade personificada, a relação jurídica, quanto ao patrimônio, não é plurissubjetiva; a pluralidade de titulares desapareceu. Nenhum dos sócios é comuneiro dos bens, ainda que em pluralidade; dona dêles é a sociedade; nem é devedor nas dívidas da sociedade. [...] Ainda a respeito das sociedades em nome coletivo, se o sistema jurídico as *personifica*, claro é que as desloca do plano das comunidades unitárias para o plano das pessoas, e toda alusão à pluralidade subjetiva seria errônea; como toda alusão à unidade subjetiva o seria, se o sistema jurídico negasse a personificação³²¹.

Este trecho explica com riqueza o mecanismo da personificação das sociedades. No seu momento genético as sociedades nada mais são do que contratos pelos quais os sócios se vinculam em torno de uma finalidade e se comprometem a contribuir com bens e serviços. A eficácia deste contrato é uma relação jurídica plurilateral que vincula os sócios com a sociedade³²².

De outro lado, ao adquirir personalidade jurídica a sociedade se torna um sujeito de direito dotado de capacidade patrimonial plena e autônoma: se torna uma pessoa jurídica. Na sequência as prestações e bens dos sócios são transferidos diretamente ao patrimônio desta nova pessoa, perdendo todo seu vínculo com o patrimônio dos sócios.

Herbert Wiedemann explica que a atividade empresarial pressupõe um abrangente “ordenamento do patrimônio especial”. Isto significa que o patrimônio especial é um pressuposto da organização e atividade empresarial. De outro lado, o

³²⁰ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil: Teoria general del derecho civil Alemán**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 406.

³²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 424.

³²² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 241.

patrimônio especial obedecerá a regimes diferentes conforme “a dimensão da organização societária”. Se destinado a associações o patrimônio será mais direcionado às atividades da associação. Já no caso das sociedades empresárias, “a estruturação da esfera patrimonial é deslocada fortemente para o centro da vida da sociedade”³²³.

A concepção do ordenamento do patrimônio especial é fundada na necessidade em se reconhecer um grau de separação entre o patrimônio individual e o patrimônio social. As regras que disciplinam esta separação envolvem: i) normas de competência para a disposição do patrimônio social; ii) a transferência do patrimônio entre sociedade e sócio; iii) a responsabilidade nas relações internas e externas³²⁴.

Em relação ao ordenamento do patrimônio especial o direito criaria dois institutos próprios: a propriedade coletiva (ou em mão comum) e a pessoa jurídica. A propriedade coletiva seria utilizada por coletividades de pessoas privadas enquanto a pessoa jurídica não necessariamente teria a coletividade como pressuposto. A função destes institutos, de acordo com o autor, seria semelhante: criar um direito das coisas coletivo³²⁵.

Isto é, a função tanto da “propriedade coletiva” quanto da pessoa jurídica seria tutelar a titularidade em situações de pluralidade de titulares. De outro lado, a diferença destes dois institutos seria no grau de autonomia do patrimônio perante os sujeitos³²⁶. No caso da pessoa jurídica a autonomia é plena e integral. Já a “propriedade coletiva” (comunhão) a autonomia entre o patrimônio e seus titulares não é total.

As fronteiras entre as sociedades personificadas e a comunhão unitária possuem uma estrita correlação com a generalidade e especialidade patrimonial. As sociedades personificadas se beneficiam internamente dos efeitos do patrimônio

³²³ WIEDEMANN, Herbert. Excerto do ‘Direito societário I – Fundamentos’. In: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes. (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 116.

³²⁴ DOTTO, Bruno di. **Negócios da companhia com ações de sua emissão**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-16032015-112719. Acesso em: 07 jun. 2018. p. 29.

³²⁵ WIEDEMANN, Herbert. Excerto do ‘Direito societário I – Fundamentos’. In: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes. (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 117.

³²⁶ WIEDEMANN, Herbert. Excerto do ‘Direito societário I – Fundamentos’. In: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes. (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 118.

geral, tendo em vista que a personalidade jurídica permita a perfeita distinção do patrimônio dos sócios daquele da sociedade. De outro lado, enquanto não existe a personalidade jurídica para atuar como um centro autônomo de imputação³²⁷, por expressa determinação legal (art. 988 do Código Civil Brasileiro), há uma especialização patrimonial titularizado em comunhão pelos sócios.

A pluralidade subjetiva criada quando os sócios unem parte de seu patrimônio em torno da atividade empresarial desaparece no momento que a sociedade se personifica. O momento de personificação, por expressa determinação legal, é o registro (arts. 45 e 985 do Código Civil Brasileiro). A personalidade jurídica se desenvolveu no direito empresarial exatamente como uma abstração voltada a unificar os direitos e bens em torno de um só sujeito de direito, criado em torno da pluralidade dos sócios³²⁸.

Neste momento, o patrimônio (social) que era especial em relação aos sócios torna-se o patrimônio geral de uma nova pessoa - a pessoa jurídica. Os efeitos da personificação, assim, têm uma dupla função: a) criar uma nova personalidade; b) extinguir a relação de patrimônio especial comum dos sócios, tornando-o patrimônio geral da pessoa jurídica.

De modo exemplificativo, se os sócios elegerem um modelo societário personificado, tal como a sociedade limitada (art. 1.052 e ss. do Código Civil Brasileiro), o patrimônio que os sócios destinarem a esta sociedade serão titularizados exclusivamente pela pessoa jurídica criada. Isto é, a eficácia da personalidade jurídica surtirá efeitos sobre o patrimônio, unificando sua titularidade em um patrimônio geral, que responderá de forma direta pelas obrigações sociais³²⁹.

De outro lado, caso os sócios optem por um tipo societário não personificável, tal como a sociedade em comum (art. 986 e ss. do Código Civil Brasileiro), neste caso não haverá uma personalidade jurídica que possa titularizar com exclusividade o patrimônio social. Neste caso, a eficácia que acoberta o patrimônio destinado pelos sócios para compor o fundo social é a comunhão unitária, que mantém o patrimônio

³²⁷ SZTAJN, Rachel. Associações e sociedades. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 128, p. 15-26, out./dez., 2002. p. 22.

³²⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. "Societas" com relevância externa e personalidade jurídica. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 81, p. 75, jan./mar., 1991.

³²⁹ Na explicação de Rachel Sztajn: "A personificação é efeito que se superpõe ao contrato de sociedade por força da lei". FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça. (Coord.). **Código civil comentado: direito de empresa**. São Paulo: Atlas, 2008. v. 11. p. 156.

destinado como patrimônio especial dos sócios, destinados especificamente ao objeto social³³⁰.

Esta dinâmica foi expressamente escolhida pelo Código Civil Brasileiro, que excluiu a possibilidade de as sociedades não personificadas serem titulares do patrimônio social, expressamente disciplinando o regime de comunhão unitária para estes tipos societários³³¹.

Um ponto importante de distinção é que é possível admitir que a sociedade não personificada seja um sujeito de direito³³² sem que isto implique na sua autonomia patrimonial (capacidade de ser titular de patrimônio autônomo). Isto ocorre pois o elemento que caracteriza o sujeito de direito é a atribuição de uma capacidade, mesmo que específica, inserindo-o em uma relação jurídica de direito material (atribuição de direito, dever, pretensão, obrigação, etc)³³³.

É por esta razão que Marcos Bernardes de Mello qualifica a sociedade em comum como uma comunidade unitária: “[...] Em relação à sociedade em comum, considera-a como comunidade unitária, em razão do que os bens sociais constituem patrimônio especial, sendo de titularidade as obrigações contraídas, com terceiros, pelos sócios, na prática dos atos de gestão. [...]”³³⁴.

Como explica Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, a ‘unificação’ dos sócios ocorre na dimensão dinâmica da sociedade, através da atuação desta, enquanto na perspectiva estática esta ‘unificação’ desaparece, dando lugar novamente à pluralidade (patrimônio comum):

³³⁰ António Menezes Cordeiro qualifica a comunhão como uma “figura afim da personalidade coletiva”, que ocorre quando “duas ou mais pessoas detêm um direito – ou acervo de direitos”. CORDEIRO, António Menezes. **Direito das sociedades**: parte geral. 3. ed. ampliada e atualizada. Coimbra: Almedina, 2011. v. 1. p. 351.

³³¹ Esta é a interpretação do art. Art. 988. do Código Civil de 2002: “Os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum”. Neste sentido a posição de Rachel Sztajn: A inexistência de um sujeito de direito, a pessoa jurídica sociedade, impede a perfeita determinação de um centro de imputação autônomo, mas o legislador cria o patrimônio separado ou especial, como o que ficam, limpidamente, disciplinadas as relações patrimoniais entre o grupo de sócios, que atua de forma unitária, e terceiros. FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. In: AZEVEDO, Álvaro Vilça. (Coord.). **Código civil comentado**: direito de empresa. São Paulo: Atlas, 2008. v. 11. p. 165.

³³² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 145.

³³³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 138.

³³⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 146.

Nas sociedades em comum, as contribuições dos sócios destinam-se a formar um *núcleo patrimonial separado* para o exercício da atividade que constitui seu objeto. Configura-se, assim, uma *comunhão de interesses, qualificada pela comunhão da atividade e dos bens*, o que dá lugar a um fenômeno grupal, no qual 'os sócios não assumem mais uma posição autônoma, quase de contraposição, mas assumem uma posição unitária, como membros do grupo, do qual todos participam para o exercício em comum daquela atividade da qual depende a realização do interesse de cada um'. A unificação do grupo, portanto, se dá exclusivamente em função da ação externa, elevando-se a pluralidade e unidade porque *age unitariamente*; estaticamente, a pluralidade reaparece³³⁵.

Como se observa, a sociedade em comum recebe capacidade de ação para titular algumas relações jurídicas (externas), tornando-se um sujeito de direito distinto dos sócios. De outro lado, o ordenamento nega-lhe a capacidade patrimonial, sendo que qualquer imputação ou transmissão do patrimônio será atribuído ao patrimônio que os sócios afetaram à sociedade (patrimônio especial), do qual são titulares em comum³³⁶.

Este mesmo raciocínio é aplicável às sociedades em conta de participação, também modelos não personificados de sociedade, com a diferença que os bens atribuídos à sociedade não precisam ser necessariamente mantidos em comunhão, mas podem ser transmitidos ao sócio ostensivo:

Assim, podemos concluir que, enquanto nas sociedades em comum o patrimônio social é sempre detido em regime de comunhão perante os sócios, por força de lei, na SCP os bens representativos do patrimônio especial podem pertencer exclusivamente ao sócio ostensivo ou mesmo a este e ao sócio participante de forma individualizada ou conjunta, desde que isso decorra de contrato ou lei aplicável. Apenas nos entes dotados de personalidade patrimonial, tal qual ocorre nas sociedades com personalidade jurídica, é possível concentrar os bens nelas próprias³³⁷.

Em síntese, a diferença substancial entre a eficácia da personalidade jurídica e a comunhão unitária ocorre quanto à generalidade/especialidade do patrimônio (ou fundo) social em relação a seu sujeito titular. Enquanto a personalidade jurídica

³³⁵ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A sociedade em comum**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 157.

³³⁶ A unitariedade da destinação dos bens importa um *particular regime* da comunhão dos mesmos, eis que tal regime justifica-se não apenas em um fundamento *contratual* da comunhão, mas no fato de que a comunhão dos bens é somente um *efeito reflexo* da comunhão de empresa. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A sociedade em comum**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 158.

³³⁷ RAMIRES, Rogerio. **A sociedade em conta de participação no direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 100.

assegura uma titularidade única e geral em relação ao patrimônio, a comunhão unitária manterá o patrimônio social na titularidade dos sócios, especializando-o em relação ao patrimônio geral destes.

2.3 OS FUNDAMENTOS LEGAIS E EFEITOS DA COMUNHÃO UNITÁRIA

No derradeiro tópico deste capítulo serão abordados os efeitos peculiares da comunhão unitária em nosso ordenamento. No ordenamento brasileiro a comunhão unitária é um dos efeitos internos da sociedade em comum, que prevê que os bens sociais são patrimônio especial em comum dos sócios. Isso denota que a comunhão é um dos efeitos tipos societários não personificados.

A comunhão, entretanto, não se confunde com a sociedade. A sociedade tem como função fazer uso do patrimônio especial para a realização de uma atividade lucrativa. A comunhão unitária, como contraste, tutela especificamente o patrimônio comum, sua titularidade e os frutos advindos desse patrimônio.

Fora do âmbito societário podem ser identificados contratos típicos que tem a comunhão como seus efeitos. Dois desses contratos típicos são os fundos de investimento e a parceria agrícola, nos quais a tutela do patrimônio tem predominância sobre a organização para realização de uma finalidade lucrativa.

Nesse tópico serão apresentadas as regras que dão os contornos da comunhão, explorando-se o regime da sociedade em comum, dos fundos de investimento e da parceria agrícola.

2.3.1 As regras jurídicas e estruturas da comunhão unitária: sociedade em comum, fundos de investimento e parceria

O Código Civil Brasileiro é bastante escasso em regras específicas à comunhão. O termo “comunhão” somente é utilizado quatro vezes pelo Código Civil. O uso do termo “comunhão”, entretanto, varia bastante, ora referindo-se aos interesses sociocomunitários das sociedades empresárias (art. 1.191, Código Civil Brasileiro), à finalidade do casamento (art. 1.511, Código Civil Brasileiro) e à

classificação de parte dos regimes matrimoniais de bens (art. 1.667, Código Civil Brasileiro)³³⁸.

A comunhão, assim, possui escassas previsões legais específicas. Isto não quer dizer que o instituto é pouco presente no trânsito jurídico, mas sim que seus efeitos surgem em decorrência de situações diversas que nem sempre estão tipificadas especificamente na lei.

No âmbito do direito empresarial podemos encontrar dois casos emblemáticos que apresentam a comunhão unitária como um de seus efeitos peculiares. O primeiro e mais saliente destes é a sociedade em comum (art. 986, Código Civil Brasileiro). O segundo caso são os denominados fundos, em especial os fundos de investimento regulamentados pela Comissão de Valores Mobiliários (Instrução CMV nº. 409/2004).

Sem dúvida, o enunciado normativo que mais proximamente descreve a comunhão unitária encontra-se no artigo 988 do Código Civil Brasileiro: “Art. 988. Os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum”. Os elementos da comunhão estão descritos com perfeição no regulamento do patrimônio das sociedades em comum. Neste enunciado encontra-se: 1) a relação jurídica patrimonial; 2) a expressa remissão ao patrimônio especial (separado); 3) o regime plural e comum de titularidade (pluralidade subjetiva).

Operacionalmente este tipo societário é adequado à ideia de comunhão unitária. Trata-se de uma sociedade não personificada³³⁹, que não será recoberta pela eficácia da pessoa jurídica. Assim, as relações jurídicas entre os sócios mantêm-se sem a unificação em um novo sujeito de direito, sendo que o patrimônio afetado à atividade empresarial será de titularidade comum dos sócios.

Se de um lado o regime legal do patrimônio da sociedade em comum encontra ampla confluência com o conceito de comunhão unitária, existem profundos debates sobre qual a finalidade da sociedade em comum em nosso ordenamento.

³³⁸ RANGEL, Rafael Calmon. **Partilha de bens**: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 96.

³³⁹ José Lamartine de Oliveira explica que a personalidade jurídica deriva um momento posterior à constituição da sociedade, vinculado ao reconhecimento pelo estado: “[...] O papel da lei é um papel declarativo e não constitutivo. A lei encontra uma realidade preexistente. Realidade cujo fundamento concreto é constituído pelas associações e sociedades nascidas da natural sociabilidade do homem e nas instituições derivadas de uma determinada destinação de bens a determinados fins, derivadas da natural tendência humana a perpetuar suas obras, tendência que HAURIUO tão bem explica. A lei, entretanto, aduz um elemento novo: a segurança da garantia legal”. OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. **Conceito da pessoa jurídica**. 186 p. Tese (livre docência) Universidade do Paraná, Faculdade de Direito. Curitiba, 1962. p. 168.

Primeiramente, existe amplo debate se a sociedade em comum veio a substituir as figuras da sociedade irregular e sociedade de fato.

A doutrina criou as figuras da sociedade irregular e sociedade de fato para tratar a tutela de formas anômalas de criação de sociedades empresárias. A sociedade de fato seria a sociedade formada sem contrato escrito. Já a sociedade irregular poderia se dividir em duas formas. A irregularidade originária seria a sociedade formada mediante contrato escrito, mas que não é levado a registro. A irregularidade superveniente ocorreria quando houvesse alguma irregularidade no curso da relação societária como, por exemplo, a falta de registro de alteração social³⁴⁰.

Mesmo os autores do anteprojeto do Código Civil consideraram que a sociedade em comum veio dar roupagem normativa aos institutos da sociedade de fato e irregular, posição também mantida em jornadas de direito civil posteriores³⁴¹. Sua função, seria, então, disciplinar as relações societárias quando ausente os efeitos da personalidade jurídica.

A dificuldade em delimitar a finalidade da sociedade em comum também esbarra na sua própria previsão normativa. O art. 986 do Código Civil Brasileiro aparentemente condicionou a criação da sociedade em comum a um elemento temporal. A questão da temporariedade da sociedade em comum é assim explicada por Marcelo Feres:

Pois bem, primeiramente, note-se o caráter transitório do regime da sociedade em comum, isto é, constitui uma etapa que antecede o registro dos atos constitutivos das sociedades contratuais do Código Civil. Cuida-se de regime inserido no *iter* constitutivo das sociedades contratuais. A conjunção de tempo “enquanto” releva claramente essa ideia³⁴².

³⁴⁰ KALANSKY, Daniel. A sociedade em comum: um novo tipo societário? In: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes. (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 513.

³⁴¹ FÉRES, Marcelo Andrade. **Sociedade em comum**: disciplina jurídica e institutos afins. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 86.

³⁴² FÉRES, Marcelo Andrade. **Sociedade em comum**: disciplina jurídica e institutos afins. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 89.

A interpretação literal deste dispositivo, entretanto, é impossível sem distorcer a própria noção de tipo societário e a constituição de sociedades. Erasmo Valladão³⁴³ apresenta dois argumentos substanciais a este respeito.

Primeiro, ao criar um contrato escrito de sociedade as partes escolhem um tipo societário. Caso escolham um tipo personificado, como a sociedade limitada, expressamente estarão excluindo os outros tipos, como a sociedade em comum. Seria um grave problema imputar às partes um regime societário que elas não elegeram (sociedade em comum) pelo período natural de registro e personificação do tipo que eles elegeram (sociedade limitada). De outro lado, seria igualmente uma violação da boa-fé as partes buscarem aplicar o regime de uma sociedade que não escolheram em detrimento do tipo societário que formalizaram no contrato escrito³⁴⁴.

Segundo, o Código Civil Brasileiro confere prazo de 30 dias para o requerimento de registro na Junta Comercial (art. 998, Código Civil Brasileiro). Caso seja realizado o requerimento no prazo legal, mesmo com eventuais atrasos na decisão da Junta, os efeitos da sociedade retroagem àquela data³⁴⁵. Desta forma, não há virtualmente qualquer espaço temporal em que a sociedade em comum poderia existir se interpretada desta forma estritamente literal.

Para Erasmo Valladão, a unitariedade da destinação dos bens implica em um regime particular de comunhão, pois ele não detém apenas um fundamento contratual, sendo antes um efeito reflexo da comunhão de empresa³⁴⁶. A noção de comunhão de empresa representa dois conceitos centrais à função das sociedades. Primeiro, a unitariedade de ação externa e da destinação dos bens. Segundo, a pluralidade dos sujeitos envolvidos na relação³⁴⁷.

Por esta lógica, o núcleo patrimonial da sociedade em comum teria autonomia tanto entre os sócios quanto entre os credores. Em relação aos sócios a gestão das contribuições individuais ao patrimônio especial serão submetidas à gestão especial

³⁴³ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A sociedade em comum**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 162.

³⁴⁴ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A sociedade em comum**. São Paulo: Malheiros, 2013.

³⁴⁵ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A sociedade em comum**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 162-164.

³⁴⁶ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A sociedade em comum**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 158.

³⁴⁷ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A sociedade em comum**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 157-158.

prevista nas regras organizativas do grupo. Já os credores serão limitados em relação ao patrimônio especial, não podendo por exemplo exigir compensação em relação a este patrimônio especial de dívida particular de um dos sócios. De outro lado, o patrimônio especial não conferirá responsabilidade limitada, sendo mantida a responsabilidade solidária, subsidiária e ilimitada dos sócios³⁴⁸.

Rachel Sztajn explica que o patrimônio especial representa o conjunto de bens e direitos (posições ativas), cuja finalidade será o cumprimento das obrigações (posições passivas) resultantes da atividade exercida em comum, o que vem a criar o benefício de ordem ínsito na relação com terceiros³⁴⁹.

Para a autora o modelo da sociedade em comum como forma especial de comunhão atende com perfeição a disciplina entre sócios e terceiros. Por um lado, não existe a personalidade jurídica para determinar um centro de imputação autônomo perfeito. O patrimônio especial vem a suprir esta lacuna, servindo como um núcleo para disciplinar as relações patrimoniais entre o grupo e os sócios. De outro, como o patrimônio será constituído ao longo da atividade empresarial, o patrimônio especial é uma universalidade distinta do patrimônio individual de cada sócio cuja titularidade é comum a todos³⁵⁰.

Assim, parece claro que a sociedade em comum implica na criação de uma comunhão unitária, ligada estritamente a um regime societário pactuado entre os sócios. Por isto, é importante salientar que a comunhão unitária existente internamente a este tipo societário será subordinada à relação societária que o criou. Isto, em linhas gerais, implica não só que a finalidade do fundo comum será o fim (ou objeto) da própria sociedade, mas que os sócios poderão estipular regras específicas para a gestão, divisão e utilização do fundo comum.

A comunhão unitária, assim como a sociedade, é polarizada em torno de um fim. Na sociedade, a finalidade é elemento necessário e instrumental³⁵¹. Já na

³⁴⁸ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A sociedade em comum**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 160.

³⁴⁹ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça. (Coord.). **Código civil comentado: direito de empresa**. São Paulo: Atlas, 2008. v. 11. p. 165.

³⁵⁰ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça. (Coord.). **Código civil comentado: direito de empresa**. São Paulo: Atlas, 2008. v. 11.

³⁵¹ “Concluindo uma sociedade, as partes querem organizar-se para a realização de uma atividade ulterior: esta constitui o objetivo da sociedade, e a sua determinação é, portanto, juridicamente relevante. Eis por que, em tais contratos, devemos preocupar-nos com o objetivo ou fim do contrato e com a possibilidade e com a legitimidade deste objetivo”. ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 396.

comunhão unitária, a finalidade deriva da relação patrimonial subjacente. Como já se observou, o patrimônio separado especializa-se em torno de uma finalidade³⁵², sendo que esta finalidade também irá emanar seus efeitos sobre a relação de comunhão.

Em outros termos, se na sociedade (contrato social) o patrimônio serve a uma atividade econômica e escopo lucrativo estipulado pelas partes, na comunhão somente há o gozo dos bens segundo sua destinação econômica³⁵³. O instituto da sociedade tem como função a organização ativa de atividade lucrativa. Já a comunhão se resume à destinação econômica de bens e seus frutos³⁵⁴.

A figura da comunidade unitária e da sociedade são próximas, mas se diferem essencialmente em relação aos seus efeitos externos. Especialmente as sociedades personificadas apresentam a eficácia da personalidade jurídica, que acaba encerrando a comunhão mediante união do patrimônio comum sob novo sujeito de direito.

A comunidade unitária criada pela sociedade em comum, assim, combina os efeitos patrimoniais da comunhão unitária entre os sócios (efeitos internos) com elementos organizativos (efeitos externos) próprios das sociedades e voltados para entrar em relação com terceiros³⁵⁵.

A dificuldade de se distinguir a comunidade unitária das sociedades (personificadas e não personificadas) é um problema recorrente no direito privado³⁵⁶. José Lamartine de Oliveira, ao estudar o esboço Teixeira de Freitas, explica que a doutrina da época equiparava as formas de comunhão com as sociedades não personificadas. Em específico a doutrina afirmava que a comunhão era transformada em sociedade a partir do registro³⁵⁷.

Para o autor esta distorção deriva do fato que se adotava o sistema de concessão estatal para reconhecimento das pessoas jurídicas, o que significava que as sociedades somente teriam efeitos se o Estado autorizasse previamente sua

³⁵² OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 271.

³⁵³ FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto commerciale**. 11. ed. Turim: UTET, 2001. p. 234-235.

³⁵⁴ FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto commerciale**. 11. ed. Turim: UTET, 2001. p. 235.

³⁵⁵ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 409-410.

³⁵⁶ Flávio Tartuce explica que houve embate doutrinário sobre se o Condomínio Edilício seria uma pessoa jurídica. TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1: Lei de Introdução e Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Gen, 2015. V. 1. p. 270-271.

³⁵⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A teoria das pessoas no 'esboço' de Teixeira de Freitas Superação e permanência. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 11, n. 40, p. 25, abr./jun. 1987.

criação. De outro lado, o esboço de Teixeira de Freitas foi um dos primeiros que reconheceu que anteriormente à concessão estatal sempre haveria uma organização prévia³⁵⁸.

Esta proximidade entre as estruturas da sociedade e da comunhão existem com ainda maior intensidade no direito empresarial. Como se demonstrou anteriormente, o direito empresarial compreende um “ordenamento do patrimônio especial”, cuja estruturação poderá ser diferente conforme as necessidades do trânsito jurídico, especialmente diante da necessidade de se criar um regime mais coletivo ou unificado de gestão e titularidade do patrimônio³⁵⁹.

Em análise pragmática das escolhas que envolvem os efeitos da comunhão unitária, Marcelo Barbabesco assim diferencia o regime da comunhão do da sociedade personificada:

Na Compropriedade, o que tende a impulsionar a união é a possibilidade da comunhão direta e sobre o próprio imóvel que constitui objeto do negócio, motivação esta por vezes baseada, também, em restrições legalmente impostas a um dos participantes por conta de imposição normativa. Por sua vez, na Sociedade Personificada, o que talvez impulse os seus participantes é a participação em uma estrutura que faculte possibilidades e facilidades outras que não somente apenas a garantia de exercerem, de forma direta e principalmente, um poder real sobre a coisa objeto do negócio imobiliário³⁶⁰.

³⁵⁸ “[...] Freitas, que fizera na Parte Geral concessões aos elementos extrínsecos (sociedades por ações tendo em comum com as associações e fundações o elemento dependência de autorização do Governo) preocupa-se agora, e cada vez mais, só com o ontológico. As sociedades ditas coletivas existem e são reputadas pessoas jurídicas pela simples força do contrato e independentemente de registro. E as sociedades por ações não autorizadas são tratadas como sociedades coletivas. Não se compare isso com a atitude de parte da Doutrina Brasileira que, hoje, equipara comunhões as sociedades não registradas ou ainda não registradas. Na atitude dessa parte da Doutrina, há aceitação da prevalência do elemento extrínseco e artificial (registro) como supostamente capaz de alterar a natureza profunda de um instituto, transformando em associação o que seja apenas comunhão; ou falta de registro, como se essa carência de formalidade retirasse a uma sociedade sua natureza de sociedade. Na atitude de Freitas, não. Sua preocupação com o ontológico revelava-se já ao excluir do campo da personalidade jurídica organizações por natureza inaptas a tal tratamento, como, de um lado, as comunhões matrimoniais, de outro, a sociedade em conta de participação ou a parceria. (Discutível a exclusão da sociedade de capital e indústria) Às comunhões em geral falta a natureza dinâmica da atividade para fim comum. Às sociedades em conta de participação e às parcerias falta qualquer possibilidade de aplicação, ainda que limitada, do princípio da separação”. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A teoria das pessoas no ‘esboço’ de Teixeira de Freitas Superação e permanência. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 11, n. 40, p. 25, abr./jun. 1987.

³⁵⁹ WIEDEMANN, Herbert. Excerto do ‘Direito societário I – Fundamentos’. In: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes. (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 116.

³⁶⁰ BARBABESCO, Marcelo. **Compropriedade e sociedade**: estrutura, segurança e autonomia privada. São Paulo: Almedina Brasil, 2017. p. 166-167.

Como salienta o autor, são as “estruturas” da sociedade que possibilitam o exercício de “um poder real sobre a coisa”. Estas estruturas são nada mais do que os mecanismos hierárquicos presentes nos modelos societários, que organizam verticalmente as relações internas da organização e conferem a ela mecanismos de atuação singular.

Conforme o seminal trabalho de Tullio Ascarelli, o contrato plurilateral pode emanar seus efeitos internamente às relações de grupo ou ter efeitos para com terceiros dependendo da forma como as partes entrarão em relação com terceiros para a realização do escopo comum³⁶¹. Assim explica o autor:

Há casos em que o fim comum não pode ser atingido, a não ser que as partes entrem, como “grupo”, em relações com terceiros. Assim, quando várias pessoas põem em comum uma soma de dinheiro a ser empregada em atos de comércio, a fim de dividirem o lucro que disso possa derivar; assim, quando várias pessoas compram em comum, de terceiros, um terreno para aí constituírem um ginásio onde se pratiquem exercícios físicos.

Há casos, ao contrário, em que o fim comum é alcançado através da atividade desenvolvida por cada uma das partes pessoalmente, no seu interesse individual, desde que observadas as cláusulas do contrato; as “partes” não entram, então, em relação com terceiros; não há representante, não há gerente comum. Assim, quando vários comerciantes decidem dividir, anualmente, entre si todos os seus lucros ou decidirem vender cada qual, a respectiva mercadoria de acordo com condições prefixadas. Nessa hipótese, há, no contrato, uma pluralidade de partes e há um fim comum. A consecução deste, porém, não requer ajam, as partes, coletivamente; resulta apenas da circunstância de observar, cada parte, embora contratando com terceiros, as cláusulas fixadas no contrato plurilateral.

Podemos, pois, distinguir contratos plurilaterais externos e contratos plurilaterais internos, conforme importam ou não, deverem, as partes, como grupo, entrar em relações para com terceiros para a consecução do escopo comum³⁶².

Os contratos plurilaterais, assim, podem ser claramente divididos em internos e externos. Em comum possuem as características de serem contratos plurilaterais, isto é, um vínculo jurídico de todas as partes para com todas as outras³⁶³. De outro lado o contrato plurilateral interno pode existir quando o grau de interação do grupo

³⁶¹ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 409-410.

³⁶² ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 409-410.

³⁶³ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 389.

com terceiros é mais amplo, e o fim somente pode ser alcançado mediante a interação de todo o grupo.

Por esta razão, pode-se afirmar que a comunhão unitária tem um *locus* em nosso ordenamento nas formas de organização e gestão do patrimônio especial voltado para a atividade empresarial em situações nas quais a pluralidade de titulares é premente ou desejada. Se de um lado a gestão desse patrimônio especial pode ocorrer internamente à relação societária, como acontece na sociedade em comum, de outro lado também pode ser uma relação contratual que instaura uma relação de comunhão “pura” entre as partes, decorrente de relações contratuais não societárias.

Essas formas não societárias de comunhão unitária podem ser evidenciadas em contratos típicos tais como os fundos de investimento e a parceria agrícola.

2.3.2 A comunhão unitária e o contrato plurilateral interno e externo: os fundos de investimento

Como se observou, a comunhão unitária é uma eficácia jurídica surgida da titularidade plural sobre patrimônios cuja função principal é tutelar as relações jurídicas patrimoniais ocorridas na constância desta pluralidade subjetiva. Cabe, agora, realizar uma distinção da comunhão unitária em relação à sociedade, distinguindo a esfera e proteção dos bens jurídicos de cada qual.

No tópico anterior demonstrou-se que o ordenamento brasileiro aproximou a figura da comunhão unitária à do contrato social (e, portanto, aos tipos societários) ao prever os efeitos da comunhão para sociedade na sociedade em comum (art. 986 do Código Civil Brasileiro). Esta aproximação foi possível, pois, como afirma Marcos Bernardes de Mello: “[...] Em relação à sociedade em comum, considera-a como comunidade unitária, em razão do que os bens sociais constituem patrimônio especial, sendo de titularidade as obrigações contraídas, com terceiros, pelos sócios, na prática dos atos de gestão. [...]”³⁶⁴.

De outro lado, as sociedades empresárias diferenciam-se da comunhão na medida em que são organizações ativas que se propõem à realização de uma

³⁶⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 146.

finalidade lucrativa³⁶⁵. Em outras palavras, nas sociedades o patrimônio serve à finalidade e ao escopo lucrativo.

Em contraste, a comunhão (não societária) tem como principal função organizar a fruição dos bens secundo a sua destinação econômica³⁶⁶, preocupando-se essencialmente com a manutenção do patrimônio e a distribuição de seus frutos.

É com base nessa distinção que devem ser compreendidas as formas não societárias de comunhão unitária. Elas têm em comum uma maior centralidade de regime jurídico que se preocupa com a atribuição de titularidade e manutenção do patrimônio comum e um enfoque menos intenso na realização de um fim específico. Na comunhão ainda existe uma atividade, mas ela é meramente instrumental.

Em contrapartida, na sociedade a atividade lucrativa é o cerne da organização, enquanto são os bens que são instrumentais. Nas palavras de Erasmo Valladão França:

A distinção há de ser buscada, então, no que a sociedade tem de específico em comparação com a comunhão – a saber, o *exercício de uma atividade lucrativa*, em função da qual os bens sociais ostentam uma condição meramente *instrumental*³⁶⁷.

Em síntese, pode-se realizar uma analogia da comunhão como uma sociedade em repouso, e, em contrapartida da sociedade como uma comunhão em movimento³⁶⁸. Na órbita dos contratos não societários que tem efeitos da comunhão unitária encontramos dois contratos típicos: os fundos de investimento e a parceria agrícola.

A criação dos fundos de investimento foi inspirada nos *investment trusts* do direito anglo-americano³⁶⁹.

No direito brasileiro foram originalmente previstos nos arts. 49 e 50 da Lei nº. 4.728/1965 (Lei dos Mercados de Capitais). Essa norma conferiu ao Conselho Monetário Nacional (CNM) a competência para editar normas sobre “sociedades e

³⁶⁵ FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto commerciale**. 11. ed. Turim: UTET, 2001. p. 235.

³⁶⁶ FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto commerciale**. 11. ed. Turim: UTET, 2001. p. 235.

³⁶⁷ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 189.

³⁶⁸ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 189.

³⁶⁹ BORGES, Florinda Figueiredo. Os fundos de investimento: reflexões sobre a sua natureza jurídica. In: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes. (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 44.

fundos de investimento”. Essa competência, por sua vez, foi delegada à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), pela Resolução CMN nº. 1.787/1991³⁷⁰.

O atual marco regulatório dos fundos de investimento é a Instrução CMV nº. 409/2004.

A função dos fundos de investimento é concentrar os recursos de investidores com a gestão profissional de um administrador de carteiras de investimento, com a finalidade de promover a rentabilidade e liquidez destes investimentos³⁷¹. Em outras palavras, nos fundos de investimento cada investidor contribuirá com valores que serão administrados de forma conjunta e indistinta com os demais investidores, mediante atuação de um administrador profissional, conforme o regulamento do fundo³⁷².

Trata-se de um mecanismo coletivo de investimento, que permite não só uma maior segurança na forma de se investir, dado a administração profissional, mas também permite uma maior diversificação dos investimentos, bem como uma maior liquidez, tendo em vista a possibilidade de resgate dos investimentos³⁷³.

O art. 2º da Instrução CMV nº. 409/2004 define um fundo de investimento como: “Art. 2º. O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituída sob a forma de condomínio, destinado à aplicação em ativos financeiros, observadas as disposições desta Instrução”.

O conceito elaborado na normativa não é plenamente técnico, mas apresenta elementos fundamentais do que representa o instituto. Primeiro, há o reconhecimento de que se trata de uma “comunhão de recursos”, isto é, de um patrimônio comum entre uma pluralidade de sujeitos. Segundo, há o reconhecimento de uma finalidade especial deste patrimônio especial, que é a “aplicação em ativos financeiros”. E, terceiro, há alusão que será “constituída sob a forma de condomínio”.

³⁷⁰ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 186.

³⁷¹ BORGES, Florinda Figueiredo. Os fundos de investimento: reflexões sobre a sua natureza jurídica. In: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes. (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 43.

³⁷² GUEDES, Vinícius Mancini. Sociedade e comunhão – os fundos de investimento. In: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes. (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.p. 68.

³⁷³ GUEDES, Vinícius Mancini. Sociedade e comunhão – os fundos de investimento. In: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes. (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

A menção à constituição como condomínio é a parte que torna mais complexa a interpretação deste instituto. A referência ao condomínio não significa a aplicação das regras do condomínio voluntário previstos nos arts. 1.314 a 1.326 do Código Civil Brasileiro. Pelo contrário, o regulamento do fundo de investimento expressamente afasta as regras de responsabilidade pela percepção de frutos e reparação de danos (art. 1.319, Código Civil Brasileiro), de afastamento do pagamento de despesas mediante renúncia à quota-parte (art. 1.316, Código Civil Brasileiro), de direito de exigir a divisão (art. 1.317, Código Civil Brasileiro) de administração do condomínio (arts. 1.323 a 1.326, Código Civil Brasileiro), entre outras³⁷⁴.

Como se observa, as características do condomínio não se ajustam à estrutura e lógica dos fundos de investimento. Em especial, a cota, nos fundos de investimento, não permite que o cotista exija a divisão de sua participação na totalidade do fundo³⁷⁵.

Outra questão fundamental sobre os fundos de investimento é o fato que sua regulamentação não parte de Lei, mas sim de Instrução da CVM. O fato de sua regulamentação legal não ser objeto de legislação ordinária limita o escopo da interpretação da natureza dos fundos de investimento, pois não é possível conferir a eles um alcance maior do que a dos institutos jurídicos positivados em Lei.

É por essa razão que se argumenta que os fundos de investimentos não podem ser considerados um condomínio *sui generis*, com atributos parcialmente convergentes e parcialmente divergentes em relação ao condomínio previsto no Código Civil. Essa natureza em tese não seria admissível pois a Instrução não poderia contrariar a legislação civil³⁷⁶.

Dessa forma, pode-se seguramente concluir que os fundos de investimento não apresentam os efeitos do condomínio convencional, tal como estipulado no Código Civil:

Portanto, não obstante o fundo de investimento caracterizar-se pela propriedade coletiva, para os defensores da teoria que equipara o fundo de investimento a uma propriedade detida em comunhão por uma pluralidade de

³⁷⁴ GUEDES, Vinícius Mancini. Sociedade e comunhão – os fundos de investimento. In: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes. (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.p. 71.

³⁷⁵ CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. **Regime jurídico dos fundos de investimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 184.

³⁷⁶ CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. **Regime jurídico dos fundos de investimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 185.

titulares, aspecto semelhante ao condomínio trazido pela legislação civil, notam-se disparidades entre esses dois institutos jurídicos, em especial pelo fato de ter o cotista única e exclusivamente o direito dos rendimentos atribuídos ao fundo e a faculdade de realizar o resgate das cotas, haja vista que ele não possui o direito de disposição das cotas do fundo, relativamente aos fundos abertos, ao passo que o condômino regido pelo Código Civil é titular de todos os atributos inerentes à propriedade (uso, gozo e disposição) em relação à coisa comum³⁷⁷.

Ainda, os fundos de investimento trazem consigo um elemento que os aproxima muito mais proximamente da ideia de patrimônio, a realização de um projeto comum:

(...) Ainda assim, na essência, não estaríamos diante de uma simples copropriedade. Nos fundos de investimento, há, em verdade, o intuito de se participar de um projeto comum, mediante a reunião de capitais para o desenvolvimento de uma atividade singular, com o fito de se obter maior rentabilidade para todos os participantes³⁷⁸.

É por esta razão que Erasmo Valladão França afirma que não existe no fundo de investimento um bem específico sobre o qual exista um domínio comum, mas sim uma constante modificação da consistência patrimonial, em contraposição à estabilidade dos bens que estão em comunhão, o que leva o autor a concluir pela sua natureza de sociedade não personificada³⁷⁹.

A questão fundamental sobre a natureza dos fundos de investimento parece residir na questão se são sujeitos ou objetos de direito. No direito italiano argumenta-se que a figura dos fundos de investimento são formas de sujeitos de direito, já que a legislação os configura como “um organismo instituído para a gestão coletiva do crédito, na qual o patrimônio é reunido em relação a uma pluralidade de investidores”³⁸⁰.

No direito brasileiro, a normatização dos fundos de investimento não alcançou esse mesmo sentido. A ideia de “comunhão de recursos” os aproxima da ideia de

³⁷⁷ PIRES, Daniela Marin. **Os fundos de investimentos em direitos creditórios (FIDC)**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2015. p. 49-51.

³⁷⁸ CARVALHO, Mário Tavernard Martins de. **Regime jurídico dos fundos de investimento**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 185-186.

³⁷⁹ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 192.

³⁸⁰ FERRI JR, Giuseppe. Soggettività giuridica e autonomia patrimoniale nei fondi comuni di investimento. **Rivista Telematica**. n. 3, 2015. Disponível em <<http://odc.seminabit.com/edizioni/2015/3/temi-e-dibattiti-dattualit%C3%A0/soggettivit%C3%A0-giuridica-e-autonomia-patrimoniale-nei-fondi-comuni-di-investimento/>> p. 4.

objeto de direito, e, portanto, à ideia de patrimônio autônomo titularizado por diversos sujeitos³⁸¹.

Retorna-se aqui à ideia da universalidade de direito, que no Código Civil de 2002 representa um complexo de relações jurídicas titularizados por uma pessoa. Os fundos de investimento podem ser inseridos no conceito de universalidade de direito, já que são complexos de relações jurídicas patrimoniais titularizados em comum por uma coletividade de investidores.

Nesse caso, os efeitos da universalidade é a criação de um patrimônio especial (separado), mas não autônomo, cuja finalidade é estipulada por normas³⁸².

A doutrina francesa faz essa semelhante distinção entre a universalidade de fato e de direito, em relação a sua capacidade de criar fundos (patrimônios) especiais. A universalidade de direito serviria para criação de estruturas tais como os fundos de comércio (estabelecimento), enquanto a universalidade de fato serviria para criar “fundos liberais”. Isso levou parte da doutrina a definir as universalidades como forma de usufruir dos valores mobiliários³⁸³.

Dessa forma, uma das formas mais relevantes de compreensão da natureza jurídica dos fundos de investimento é como uma forma de universalidade de direito, destinada a conferir uma tutela jurídica unitária a um conjunto de relações jurídicas, criando um patrimônio especial titularizado em comum pelos investidores.

A forma do exercício desta universalidade, de outro lado, é definida pelas suas normas de regência, criando uma série de limitações e obrigações que afastam a titularidade plena e exclusiva em relação aos direitos do fundo, inclusive efeitos típicos dos direitos de propriedade (usar e dispor) e da comunhão unitária (subrogação real).

2.3.3 Administração e disposição do patrimônio comum e dissolução da comunhão

Um dos contornos distintivos da comunhão unitária refere-se ao exercício da titularidade sobre os bens e direitos em comunhão. Em especial, como é realizada a

³⁸¹ FERRI JR, Giuseppe. Soggettività giuridica e autonomia patrimoniale nei fondi comuni di investimento. **Rivista Telematica**. n. 3, 2015. Disponível em <<http://odc.seminabit.com/edizioni/2015/3/temi-e-dibattiti-dattualit%C3%A0/soggettivit%C3%A0-giuridica-e-autonomia-patrimoniale-nei-fondi-comuni-di-investimento/>>p. 5.

³⁸² MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970. p. 93.

³⁸³ MEILLER, Eric. L'universalité de fait. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris. n.4. p. 652. oct./déc. 2012.

administração e disposição do patrimônio comum é um dos efeitos mais relevantes do instituto.

O problema surge essencialmente da dificuldade na administração e disposição de vários sujeitos em relação ao mesmo conjunto de bens e direitos. A ação coletiva é uma situação complexa que pode gerar com facilidade conflitos entre os comunheiros. Se um comunheiro dispuser de um bem em comunhão, mesmo dentro de sua quota-parte proporcional, haverá um decréscimo do patrimônio comum.

A doutrina se debruçou sobre as possíveis soluções para este impasse, compreendendo os efeitos da comunhão como uma limitação aos poderes dos titulares em comum.

José de Oliveira Ascensão³⁸⁴ traça um panorama pedagogicamente interessante sobre as formas de exercício do que denomina de “contitularidade”. Sua construção é interessante por abordar as formas de administração e disposição sob a perspectiva da quantidade dos sujeitos e da exclusividade com que estes sujeitos exercem seus direitos.

O autor sugere quatro modalidades de “contitularidade”, definidas por quatro formas distintas de exercício. Elas são o exercício singular (cada um age por si); exercício solidário (cada um age por todos); exercício coletivo ou indivisível (todos agem por todos); exercício comunitário ou de mão comum (o grupo age por si)³⁸⁵.

Importante salientar que o conceito de “contitularidade” adotada pelo autor também é considerada uma relação jurídica com pluralidade de sujeitos³⁸⁶. Entretanto, as duas primeiras formas de exercício das contitularidades (singular e solidário) afastam completamente a pluralidade subjetiva que reside no núcleo da comunhão.

O exercício singular da contitularidade implica que “a obrigação cinde-se imediatamente em tantos vínculos quantos os sujeitos”³⁸⁷. Já o exercício solidário limita-se à possibilidade do devedor solidário a pagar a totalidade da prestação e

³⁸⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil** – Teoria Geral: Relações e situações jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V. 3. p. 110-113.

³⁸⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil** – Teoria Geral: Relações e situações jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V. 3. p. 111.

³⁸⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil** – Teoria Geral: Relações e situações jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V. 3. p. 110.

³⁸⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil** – Teoria Geral: Relações e situações jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V. 3. p. 112.

demandar em regresso a parte dos demais devedores³⁸⁸. Ambas as situações não adentram os moldes da comunhão pois tratam-se de situações nas quais não há nenhum grau de indivisão dos direitos ou relação jurídica, sendo que o exercício dos direitos se individualiza naturalmente.

O ponto de interesse da distinção das formas de exercício das contitularidades recai sobre o exercício coletivo ou indivisível e comunitário ou em mão comum de relações jurídicas. O exercício coletivo “exige a intervenção de todos os titulares”, sendo que os poderes de disposição “não atingem a situação de conjunto, mas apenas o próprio direito ou quota”³⁸⁹.

Por fim, o exercício comunitário ou de mão comum é baseado na doutrina alemã e representa o pertencimento do direito a um grupo. Este instituto foi desenvolvido a partir do direito germânico (mão comum) e teve como peculiaridade a inexistência de quotas e a atribuição da titularidade a um grupo sem personalidade jurídica³⁹⁰.

Mesmo reconhecendo a dificuldade de aplicação deste instituto em sistemas de origem romana, no qual prepondera o individualismo, ainda assim haveriam hipóteses de configuração do exercício comunitário de direitos. Isto dependeria do ingresso do sujeito em uma “posição comunitária”, sendo que ao adentrar o grupo o sujeito se tornaria titular do direito e, ao sair do grupo, perderia a titularidade. Haveria uma proximidade entre esta forma de exercício de direitos e os interesses difusos³⁹¹.

Estas formas de exercício de titularidade, entretanto, não explicam os mecanismos internos do patrimônio. Além disto, há uma certa abstratização conceitual exacerbada ao se abordar a possibilidade de inclusão de direitos difusos no exercício comunitário dos direitos. A comunhão dependerá da extensão de uma relação jurídica

³⁸⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil** – Teoria Geral: Relações e situações jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V. 3.

³⁸⁹ Há uma exceção quando o ordenamento prevê aplicação da regra de maioria, tornando desnecessária a unanimidade. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil** – Teoria Geral: Relações e situações jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V. 3. p. 113.

³⁹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil** – Teoria Geral: Relações e situações jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V. 3.

³⁹¹ “Uma coisa porém nos parece dever salientar: cada participante tem uma própria posição jurídica autônoma. Quis-se afastar até a identificação de posições jurídicas unissubjetivas, combatendo a qualificação da posição dos participantes como direito subjetivo. A categoria ‘interesse difuso’ facilita a resposta. Cada um participa de um interesse comum, que pode por si atuar e defender. Há sem dúvida um interesse jurídico. O fato de a atuação ser altruísta não põe em causa a titularidade jurídica deste interesse”. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil** – Teoria Geral: Relações e situações jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V. 3. p. 114-115.

patrimonial, que, por excelência será limitada em relação à sua titularidade, fugindo à possibilidade da inclusão de direitos difusos.

A melhor matriz teórica que melhor define as limitações que o patrimônio em comunhão impõe ao exercício das posições jurídicas pelos comunheiros foca no regime jurídico das quotas e os efeitos jurídicos delas decorrentes. Pontes de Miranda já explicava que as quotas são uma dimensão implícita da comunhão unitária, pois “reflete-se na esteira de efeitos” da relação jurídica patrimonial³⁹².

Isto ocorre pois o patrimônio sempre será compartilhado entre os comunheiros com base em uma proporção, dependendo do regime jurídico aplicável. No regime de bens do casamento a regra é meação (metade para cada cônjuge) enquanto na herança a regra é a divisão proporcional por herdeiros (n quanto a n herdeiros de ascendente)³⁹³.

Assim, temos que o fato de ser o patrimônio uma relação jurídica, é desta relação jurídica que derivam os direitos singulares. É a quota-parte do condômino que assegura estes direitos individuais (titularidade) ao patrimônio. Já a extensão dos direitos do titular dependem do regime jurídico da comunhão. Enquanto alguns tipos de comunhão permitem a transmissão de bens (herança), outras formas de comunhão (conjugal e sociedade) não permitirão a transmissão dos bens comuns ou da quota-parte:

No caso dos patrimônios em mão comum é de especial importância a quota do indivíduo. Não é um direito real, nem tampouco um crédito, mas sim uma *relação jurídica* da qual derivam direitos singulares (por exemplo, direito de disposição, direito à quota sobre o excedente depois de levada a cabo a divisão, etc.). A participação ou quota é comparável à condição de membro de uma associação. Constitui parte integrante do patrimônio do comunheiro e, em caso de comunidade hereditária, é transmissível (§ 2.33 ap. 2) e intransmissível nos casos de comunidade de bens e de sociedade (nesse último somente segundo norma dispositiva) (§§ 1.442 e 719)³⁹⁴.

³⁹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 423.

³⁹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 422.

³⁹⁴ “En el caso de los patrimonios en mano común es de especial importancia la cuota del individuo. No es un derecho real, ni tampoco um crédito, sino una relación jurídica de la cual derivan derechos singulares (por ejemplo, derecho de disposición, derecho a la cuota sobre el excedente después de llevada a efecto la partición, etc.). La participación o cuota es comparable a la condición de miembro de una asociación. Constituye una parte integrante del patrimonio del comunero y, en caso de comunidad hereditaria, es transmissible (§ 2.033 ap.2) e instrasmisible em los casos de comunidad de bienes y de sociedad (en este último sólo según norma dispositiva) (§§ 1.442 y 719).”

Esta dinâmica implica na proteção que o ordenamento confere ao patrimônio em detrimento do exercício da titularidade pelos sujeitos de direito. O elemento mais relevante no caso de existir uma sociedade em comum é a finalidade desta sociedade e sua atuação. O patrimônio serve a este fim e a autonomia dos titulares é restringida em consequência.

Desta dinâmica surge o princípio da sub-rogação real. Este princípio assegura que o patrimônio manterá seu conteúdo, impedindo o esvaziamento de sua função. Com base neste princípio sempre que existir um decréscimo aos elementos do patrimônio surge o dever dos comunheiros de substituir o valor dos elementos subtraídos. Isto ocorre mediante a substituição proporcional no caso de alienação, deterioração, destruição ou indenização dos bens contidos no patrimônio.

Assim explica-se o princípio da sub-rogação real:

No que se refere aos patrimônios, o princípio da sub-rogação real faz juridicamente substituídos pelos bens adquiridos com o produto (valor) da alienação, deterioração, destruição ou indenização dos elementos do patrimônio, a esses elementos. [...] O patrimônio é o conjunto de *efeitos jurídicos*, portanto necessariamente já no mundo jurídico (plano da eficácia), e não de seres do mundo fático. Por isso mesmo, ele, ainda que formado por direitos sobre coisas corpóreas, é *res incorporalis* (L. 178, §1, D., *de verborum significatione*, 50, 16; L. 50, pr., D., *de hereditaris petitione*, 5, 3)³⁹⁵.

Como se observa, o patrimônio é um conjunto de efeitos jurídicos emanados no plano da eficácia, sendo composto por direitos sobre coisas. Por isto, ele não se confunde com as coisas que o compõem. Desta forma, a sub-rogação real é um efeito jurídico imediato e automático, que cria um dever jurídico correspondente ao ato de disposição do comunheiro em relação à coisa integrante do patrimônio.

Os mecanismos de constituição e sub-rogação real do patrimônio podem implicar em relativa constrição dos bens e da atividade dos comunheiros. Neste caso, a solução padrão é a dissolução da comunhão, retornando os bens do patrimônio para o patrimônio geral dos comunheiros.

A dinâmica é assim descrita:

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil**: parte general. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1943. v. 1. p. 618.

³⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5. p. 446.

O patrimônio separado deixa de existir quando desaparece a sua base jurídica. Em se tratando de patrimônio em mão comum tem lugar uma divisão. No mesmo sentido, para se transmitir os objetos resmanescentes ao patrimônio do partícipe se requer, em princípio, um negócio jurídico que constitua um ato de transmissão³⁹⁶.

No caso dos patrimônios especiais criados em função de uma sociedade em comum, os bens dos sócios são inicialmente afetados e reunidos em um patrimônio especial em comunhão em torno de uma finalidade empresarial. O poder de disposição dos comunheiros é limitado pela proporção de suas quotas e também é constricto pela necessidade de autorização dos demais sócios para a disposição do patrimônio comum.

Opera-se neste caso o princípio da sub-rogação real, sendo que toda a vez que houver a subtração dos elementos do patrimônio os sócios são obrigados a repor seu valor. Um exemplo é a disposição de um bem por um dos sócios fora do objeto social. O valor deste bem subtraído à comunhão passa, de forma imediata e automática, a ser um dever do sócio a restituir o valor correspondente do bem ao patrimônio.

Se de um lado o comunheiro não pode dispor individualmente do patrimônio comum, a contrapartida é a possibilidade de ele exigir a dissolução da comunhão (e do patrimônio), restituindo os bens comuns para seu patrimônio geral. Isto pode ser realizado mediante liquidação da sociedade ou de atos de transmissão dos bens do patrimônio comum ao individual. A outra forma de extinção da comunhão seria o esgotamento da finalidade da sociedade ou sua dissolução.

Importante salientar que esse é o regime padrão da comunhão unitária, o que não afasta a possibilidade das partes de pactuarem uma forma distinta de administração dos bens ou dissolução da comunhão com base em sua autonomia privada ou que se criem regras específicas para figuras típicas de comunhão. Pode-se citar como exemplo os fundos de investimento, nos quais a possibilidade de exigir a dissolução da comunhão é negada em diversas situações.

³⁹⁶ “El patrimonio separado deja de existir cuando desaparece su base jurídica. Tratándose de patrimonio en mano común ha lugar a una partición. Asimismo para transferir los objectos restantes al patrimonio del partícipe se requiere, en principio, un negocio jurídico que constitua un acto de transmisión”. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil: parte general**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1943. v. 1. p. 618.

Para Von Tuhr a “participação” em um patrimônio comum implica em diversos direitos frente aos demais comunheiros. Entre tais direitos haveria o direito de pedir a liquidação do patrimônio comum³⁹⁷. Isto implica na obrigação dos comunheiros a realizarem em conjunto ou mediante representante comum a divisão dos bens do patrimônio ou sua alienação e divisão dos valores de forma proporcional à quota de cada³⁹⁸.

³⁹⁷ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 444-445.

³⁹⁸ VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1. p. 445.

CAPÍTULO 3: A EFICÁCIA DA COMUNHÃO UNITÁRIA E OS MODELOS DE GOVERNANÇA

O último capítulo terá como enfoque os efeitos da comunhão nas relações contratuais empresariais. O objetivo é compreender como os efeitos da comunhão unitária podem se manifestar em relações contratuais típicas e atípicas que criam patrimônios separados com diversos titulares.

3.1 O PROBLEMA: A COMUNHÃO UNITÁRIA PODE SER CRIADA EM NOSSO ORDENAMENTO POR RELAÇÕES CONTRATUAIS TÍPICAS E ATÍPICAS

No Capítulo 1 explorou-se os contornos e sentidos da comunhão no direito privado. O Capítulo 2 empreendeu uma análise dogmática do instituto da comunhão e os seus pressupostos teóricos. Por fim, no Capítulo 3 será investigado o problema central da tese: a possibilidade de criação da comunhão unitária por meio de relações contratuais típicas e atípicas para atender a uma pluralidade de interesses econômicos dos sujeitos de direitos.

A abordagem deste problema necessita um de refinamento teórico maior e também uma maior atenção aos elementos fáticos que podem nortear as escolhas dos sujeitos de direito. Por isto, além do referencial teórico da teoria do fato jurídico, também será realizado um diálogo com a Nova Economia Institucional.

A opção pela teoria do fato jurídico se justifica, pois, este referencial dogmático confere uma importância fundamental ao suporte fático, compreendido como os fatos, eventos ou condutas ocorridas no mundo fenomenológico³⁹⁹ que, mediante a incidência de uma norma jurídica, ingressam no mundo jurídico e, constituindo-se como fatos jurídicos, passam a emanar uma eficácia jurídica própria⁴⁰⁰. A eficácia jurídica, assim, decorre do fato jurídico, cujo surgimento depende da incidência da norma ao suporte fático necessário nela previsto, demonstrando uma íntima dependência entre os fatos sociais particulares e a norma jurídica⁴⁰¹.

³⁹⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 73.

⁴⁰⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 108.

⁴⁰¹ Neil MacCormik explica que o raciocínio jurídico é basicamente estruturado no processo de silogismo, que confronta as premissas particulares dos fatos e as proposições universais da norma: “As alegações de fato nas petições iniciais representam um conjunto de premissas menores que são necessariamente particulares, pois é em relação a um caso particular que o autor busca indenização de um produtor em particular. Assim, o que precisa ser alegado é que cada uma

De outro lado, após a incidência da norma ao suporte fático, podem decorrer inúmeras formas de eficácias. Como afirma Marcos Bernardes de Mello: “A eficácia jurídica sofre limitações de ordem pessoal, espacial e temporal, como também conteutístico; do mesmo modo, pode sofrer restrições impostas pela vontade, em razão do poder de autorregramento que lhe é reconhecido, conforme se passa a analisar”⁴⁰².

Como se demonstrou no capítulo anterior (Capítulo 2), a comunhão unitária é uma categoria eficaz, isto é, uma eficácia jurídica que decorre de fatos jurídicos formados pela incidência de normas jurídicas a certos suportes fáticos. Neste trabalho o enfoque principal foi na incidência do artigo 986 do Código Civil Brasileiro, que confere os efeitos da comunhão unitária à união de pessoas para fins econômicos.

A compreensão do suporte fático da comunhão, entretanto, deve ser melhor explorado para que seja possível entender o que leva os sujeitos a adotarem (ou serem obrigados a adotar) este instituto em suas relações patrimoniais privadas. A comunhão unitária é a pluralidade subjetiva em uma relação jurídica patrimonial. De outro lado, a pluralidade de titulares em relação ao patrimônio pode ser uma situação desejada pelas partes ou meramente um efeito jurídico imposto à conduta das partes⁴⁰³.

Estas duas hipóteses, entretanto, não explicam o que poderia levar uma pessoa a escolher os efeitos da comunhão unitária, ou quais situações teriam seu regime aplicado por exigência legal. Para se compreender as situações que levam à incidência da comunhão unitária, isto é, como se constituem seus suportes fáticos, é necessário um exame de alguns fatos sociais e a forma como eles adentram o mundo jurídico, isto é, como são apreendidos e transformados pelo Direito.

O exame destes fatos sociais é empreendido com riqueza lógica e analítica pela Nova Economia Institucional, como será explorado adiante.

Desta forma, para responder ao problema aqui exposto serão realizadas duas abordagens. A primeira observa a forma como os tipos contratuais e o pensamento tipológico influem na escolha de institutos, categorias e regimes jurídicos que tem

daquelas proposições universais da lei está reproduzida no caso particular. [...]”. MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 49.

⁴⁰² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 45.

⁴⁰³ BARBABESCO, Marcelo. **Compropriedade e sociedade: estrutura, segurança e autonomia privada**. São Paulo: Almedina Brasil, 2017. p. 31.

como efeitos próprios a comunhão unitária. A segunda abordagem observa os fundamentos e a lógica econômica que subjaz às categorias e escolhas jurídicas e normativas empreendidas pelas partes.

3.1.1 O tipo contratual e o pensamento tipológico como forma de compreensão do regime da comunhão unitária

A comunhão unitária no direito empresarial decorre de negócios jurídicos bilaterais e especialmente os plurilaterais⁴⁰⁴. Por recair sobre situações jurídicas patrimoniais o instituto atrai para si o regime dos contratos⁴⁰⁵. Os contratos representam o domínio do direito privado no qual o poder de autorregramento das partes é mais amplo, já que é facultado aos sujeitos a escolha das categorias jurídicas e do conteúdo eficaz que melhor atenda seus interesses⁴⁰⁶.

A possibilidade do indivíduo de criar regras jurídicas funda-se na autonomia privada⁴⁰⁷. A concepção de autonomia privada representa um dos conceitos mais basilares do direito privado e tem estreitas ligações com o contexto histórico e econômico em que foi desenvolvida⁴⁰⁸. Inicialmente, a autonomia privada era compreendida como autonomia da vontade, instituto profundamente marcado pelo individualismo liberal⁴⁰⁹.

⁴⁰⁴ “Diferentemente dos negócios jurídicos bilaterais que se formam pela coincidência de vontades opostas sobre um mesmo objeto, os negócios jurídicos plurilaterais resultam de vontades distintas que convergem para um *fin comum*”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 241.

⁴⁰⁵ Rodrigo Xavier Leonardo (LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 192) alerta que o regime jurídico dos contratos é próprio para casos de situações jurídicas patrimoniais, sendo impróprio para uma série de casos que fujam às relações estritamente patrimoniais. De outro lado, a comunhão unitária (especialmente as figuras empresariais estudadas neste trabalho) é um instituto seguramente situado na esfera patrimonial, encontrando compatibilidade com o modelo do contrato.

⁴⁰⁶ “No entanto, a área contratual é, por excelência, o campo onde vigora o poder de autorregramento da vontade, em razão do qual às pessoas se reconhece a possibilidade de escolha da categoria jurídica e do conteúdo eficaz que melhor atenda seus interesses. Por isso, é permitido aos interessados pactuar negócio que não se ajuste aos tipos previstos na lei, estruturando um outro que sirva às suas específicas conveniências. A esses outros negócios, dá-se o nome de negócios jurídicos atípicos, ou inominados”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 253.

⁴⁰⁷ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 382.

⁴⁰⁸ TELLECHEA, Rodrigo. **Autonomia privada no direito societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 127.

⁴⁰⁹ “Daí também a convicção que a filosofia contratualista enuncia como verdade apodíctica: sendo inspirado o acordo das vontades, e sendo expressão do querer dos contratantes, não se poderia admitir que as vontades livres pudessem estipular uma avença que atentasse contra o princípio

No âmbito de atuação do direito empresarial a função da autonomia privada e das regras cogentes são polarizadas para a realização das atividades lucrativas que definem a atividade empresarial:

Entrementes, o domínio da norma jurídica no campo do direito empresarial exige o reconhecimento de atividades lucrativas adjetivadas por regras de mercado, que invariavelmente empurram o intérprete para dinâmicas voláteis de fatos supervenientes à regra positivada, construções livres da autonomia da vontade no campo do permitido e do não proibido, sobrevalorização de deveres laterais como a confiança e lealdade – muito presentes em concentrações econômicas. [...] ⁴¹⁰

O ponto de contato entre a disciplina do exercício da autonomia privada para a criação de negócios jurídicos e o regime dos contratos é o tipo, ou tipicidade, contratual. Na acepção jurídica o tipo é um conjunto de normas que delineiam um gênero de contrato, de forma nem sempre detalhada, colocando em evidência seus pontos principais⁴¹¹.

O art. 425 do Código Civil Brasileiro prevê expressamente a possibilidade das partes criarem contratos atípicos⁴¹². A doutrina em geral diretamente associa a tipicidade contratual à tipicidade legal, isto é, à existência de normas legais cogentes aplicadas ao negócio criado pelas partes:

Se um contrato é típico, ele será regido pelas normas legais se as partes não fizerem estipulação em contrário – e, em alguns casos, ainda que o façam. Já os contratos atípicos são, via de regra, sujeitos a suas próprias cláusulas e aos princípios gerais dos contratos, aplicando-se analogicamente, em alguns países, as regras dos contratos típicos com os quais guardam maior semelhança. No Brasil, determina o art. 422 do Diploma Civil que “é lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”. Diante da distinção entre contratos típicos e atípicos, os operadores do direito têm de confrontar, de pronto, duas questões fundamentais: (i) a qualificação do contrato como atípico ou típico e, no último

imanente de justiça. E, então, o jurista do século XIX afirmava, e o do começo do século XX repetia: ‘quem diz contratual diz justo’.

Essencialmente o contrato fundava-se no princípio da liberdade. E alicerçava-se na convicção de que estabelecia o equilíbrio dos interesses econômicos.

Do jogo destes princípios, considerava o jurista que nenhuma força exógena poderia penetrar na economia do contrato. Mesmo que a sua execução fosse causa da ruína de um dos contratantes, mesmo assim teria de ser cumprido, porque a intervenção no contrato ofendia a liberdade de cada um”. PEREIRA, Caio Mario da Silva. A nova tipologia do contrato. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 281, p. 110, jan.-mar. 1983.

⁴¹⁰ DINIZ, Gustavo Saad. Dependência econômica nos acordos verticais. **Revista de Direito Privado**. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 15, v. 59, p. 92-120, jul.-set., 2014. p. 94.

⁴¹¹ ALPA, Guido. **Compendio del nuovo diritto privato**. Torino: UTET, 1985. p. 135.

⁴¹² Código Civil Brasileiro: “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

caso, a identificação do contrato típico em questão e (ii) a identificação do carácter dispositivo ou cogente das regras sobre contratos típicos constantes do Código Civil e da legislação esparsa⁴¹³.

De outro lado, os tipos podem ser compreendidos com mais riqueza por meio do pensamento tipológico. Karl Larenz insere o pensamento tipológico como um complemento a principal forma do pensamento jurídico: o conceitual. Como explica o autor: “Quanto o conceito abstracto-geral e o sistema lógico dos conceitos desta espécie por si sós para dar razão da complexidade do ser (ou do significado) oferecenos, em primeiro lugar, o recurso à forma de pensamento do ‘tipo’. [...]”⁴¹⁴

Para Larenz, a ciência jurídica tem a necessidade de construir e ordenar conceitos em um sistema para assegurar uma unidade de sentido aos institutos jurídicos e regimes normativos, como também para garantir a uniformidade da jurisprudência⁴¹⁵. A formação dos conceitos jurídicos, de outro lado, ocorreria mediante “abstrações isolantes”, isto é, os atributos do objeto do conceito são isolados e convertidos em elementos abstratos do conceito, sendo que os demais elementos são suprimidos do âmbito do conceito⁴¹⁶.

Assim, os conceitos terão como seus elementos componentes as conotações do seu objeto, também prevendo a extensão que o conceito terá, isto é, quais objetos e casos serão por ele definidos:

[...] A indicação do conteúdo é feita por meio duma definição, ou seja, pela indicação das conotações conceituais (espaço fechado é um espaço que...). A indicação do alcance (extensão) é feita pela apresentação de casos individuais que são de subordinar, quer dizer, subsumir, ao conceito jurídico. [...] ⁴¹⁷

Os conceitos e as teorias comungam de característica semelhante, ambas possuem certa universalidade, isto é, são enunciados universais elaborados com base

⁴¹³ PARGENDLER, Mariana. Desenho contratual em perspectiva comparada: reflexões sobre a relação entre tipificação legal e inovação contratual. **Revista da faculdade de direito – UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 1, p. 219-245, jan.-abr. 2016. p. 224.

⁴¹⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Trad. José Sousa de Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 520.

⁴¹⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Trad. José Sousa de Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 506.

⁴¹⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Trad. José Sousa de Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 507.

⁴¹⁷ EINGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2008. p. 126.

em critérios de ordem e unidade⁴¹⁸. A finalidade de uma teoria científica é a integração de uma ordem de coisas mais amplo. No campo do direito isto significa tornar mais compreensíveis as normas com recurso a conceitos dogmáticos ou a princípios gerais do direito⁴¹⁹.

O conceito sempre terá um carácter abstrato e universal na medida em que opera uma “seleção de características dissociadas dos objectos e isoladamente consideradas”⁴²⁰. A finalidade desta abstração é permitir que os conceitos possam ser aplicados ao maior número de objetos individuais⁴²¹.

Os conceitos, portanto, seriam operados sob a lógica da subsunção. O conceito permitiria ao operador do direito partir de uma premissa maior conformada pelo conceito legal e subsumir os fatos ocorridos numa premissa maior⁴²². O pensamento conceitual, assim, foi uma escolha metodológica que permitiria aos juristas conferir clareza, segurança jurídica e completude a todo e qualquer problema jurídico mediante uma simples operação lógica, tal como nas ciências naturais⁴²³.

Os conceitos, desta forma, são formas limitadas para resolução da ampla gama de problemas que podem surgir no campo do direito. Em especial, a tendência generalizadora do conceito cria uma tendência de se esvaziar o sentido e produzir antíteses internas aos modelos conceituais⁴²⁴. Quanto mais abrangente o conceito mais gerais e universais deverão ser os elementos que o compõem. Isto acaba por esvaziar de sentido o conceito, que perderá seu poder descritivo e abrangerá objetos que muitas vezes tem pouco em comum⁴²⁵.

O tipo, e o pensamento tipológico, se distanciam do conceito geral abstrato em relação a esta forma de operação. Os conceitos abstratos são criados mediante

⁴¹⁸ CANARIS, Claus-Wilhem. **Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas**. Madrid: Editorial Civitas, 1995. p. 27-28.

⁴¹⁹ CANARIS, Claus-Wilhem. **Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas**. Madrid: Editorial Civitas, 1995. p. 28-29.

⁴²⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Trad. José Sousa de Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 509.

⁴²¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Trad. José Sousa de Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 510.

⁴²² LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associações em sentido estrito no direito privado**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 82.

⁴²³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associações em sentido estrito no direito privado**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 83.

⁴²⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Trad. José Sousa de Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 516.

⁴²⁵ “[...] Quanto maior for a extensão do conceito, menor será a sua compreensão e vice-versa. [...]”. VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 25.

processo indutivo, por meio da unificação dos elementos comuns de seu objeto e a abstração dos elementos díspares e específicos⁴²⁶. Em contraposição, o tipo é formado por um processo de ordenação dos elementos presentes em seu objeto, sem a abstração ou exclusão dos elementos díspares. Assim, “os tipos juntam o comum e incomum em torno de algo que constitui o critério de tipificação e dá coerência ao conjunto”⁴²⁷.

Operacionalmente, o pensamento conceitual trabalha de forma vertical, subsumindo-se ao objeto conforme uma relação binária de pertinência ou exclusão. Já o tipo apresenta uma lógica horizontal, ordenando e coordenando uns com os outros⁴²⁸. A criação do tipo pressupõe a estipulação de um certo número de características típicas, que admitem gradação em relação aos casos, e compõem a “ordem interna” do tipo⁴²⁹. O tipo, assim, é mais concreto que o conceito, já que a tipicidade se contrapõe à generalidade e falta de especificidade dos conceitos⁴³⁰.

Esta ordem interna baseada na gradação das características do tipo implicam que os casos serão mais ou menos típicos na medida em que apresentem em maior número ou intensidade cada uma das características do tipo. A inclusão dos casos mais e menos típicos em um plano permite a referida coordenação horizontal dos casos, permitindo a análise da gradação de suas características em relação ao tipo⁴³¹. “Esta ordenação traduz-se no encontrar do lugar próprio desse caso no plano, na constelação de casos que o tipo constitui”⁴³².

Neste contexto, o tipo é uma ferramenta fundamental diante da realidade fragmentária e complexa com a qual o direito lida. A inclusão e exclusão de elementos conceituais simplesmente não dão conta da complexidade que a vida, a família e inúmeros outros institutos abarcados pelo direito exigem⁴³³.

Os conceitos gerais abstratos são delimitados pela definição, que é realizada pela enunciação do gênero próximo e da diferença específica em relação às suas

⁴²⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 25.

⁴²⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 37.

⁴²⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 37.

⁴²⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 37-38.

⁴³⁰ GONDINHO, André Pinto da Rocha Osorio. **Direitos reais e autonomia da vontade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 17.

⁴³¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 38.

⁴³² VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 39.

⁴³³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associações em sentido estrito no direito privado**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 84.

características (ou elementos) fixos⁴³⁴. O tipo, de outro lado, não necessita que todas as suas características estejam presentes para que o caso seja típico. A gradação das características do tipo permite que o caso que não apresente uma característica secundária, mas apresente em maior intensidade uma característica central seja considerado típico. Ainda, a simples verificação de todas as características do tipo não é suficiente para a correspondência, pois elas precisam ter uma relação com o próprio sentido do tipo⁴³⁵.

Conforme explica Karl Larenz:

A capacidade do 'pensamento tipológico' de relativizar antíteses que o pensamento abstractor-isolante considera 'fixas' e insolúveis, e de tornar inteligíveis as transições e os graus intermédios, leva a pôr o problema de saber se muitas das contradições ou 'assistematismos' de que atrás falámos não perderiam seu carácter chocante, se os conceitos abstractos ou conceitos de classe em que se fundam fossem reconduzidos aos tipos que lhes correspondem na ordem da realidade. [...]⁴³⁶

Existem diferentes formas que o tipo pode adotar. Karl Larenz aponta três modalidades distintas: o tipo médio (ou tipo frequência), o tipo ideal normativo e o tipo jurídico estrutural. O tipo médio faz uso das características mais frequentemente presentes em um objeto para criar uma "imagem" que será comparada aos casos e sua multiplicidade de elementos intermediários⁴³⁷. O tipo ideal normativo representa um "arquétipo", isto é, um critério de valor que será comparado aos casos específicos. Exemplos deste tipo são o Estado "ideal", a democracia "perfeita", etc.

Por fim, o tipo jurídico estrutural é de profunda importância. Este tipo é em primeiro lugar um instrumento de descrição dos elementos de fato previstos pela norma e, em segundo lugar, uma forma de ordenação e interpretação das relações jurídicas⁴³⁸. É o tipo estrutural que opera com mais frequência no direito, sendo que o suporte fático das normas compõem os elementos do tipo ao qual atribui efeitos jurídicos peculiares.

⁴³⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 43.

⁴³⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 42.

⁴³⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Trad. José Sousa de Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 555.

⁴³⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Trad. José Sousa de Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 522.

⁴³⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Trad. José Sousa de Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 526.

Se de um lado o tipo será composto de índices, ou características, que vão dar os seus contornos, de outro lado, algumas destas características serão mais centrais do que outras na definição dos casos mais e menos típicos. Estas características com maior centralidade no tipo são denominadas “índices” do tipo.

Os índices do tipo são aquelas qualidades ou características que individualizam e distinguem o tipo. São características que contribuem à individualização, comparação e distinção do tipo. Eles não se confundem com os elementos essenciais do contrato, pois os elementos essenciais são elementos necessários e suficientes previstos pela norma para a criação da categoria contratual. Os índices podem conter elementos essenciais e acidentais do contrato⁴³⁹.

Os índices do tipo são plurais, sendo que vários índices podem conviver internamente ao tipo sem prejuízo do seu sentido⁴⁴⁰. Exemplos de índices do tipo são a causa, o fim, o objeto, a contrapartida, a configuração, o sentido, as qualidades das partes e a forma.

Uma vez formatado o tipo, o pensamento tipológico buscará avaliar os casos mediante um processo que envolve a comparação, graduação e a analogia⁴⁴¹. O objetivo final do processo tipológico é duplo: identificar se o caso é típico ou atípico e; se o caso for típico, aplicar a ele a qualificação adequada. Ambos estes objetivos têm em comum a influência no regime jurídico atribuído ao caso.

A atribuição do regime jurídico pelo processo tipológico representa uma fundamental ferramenta que permite conferir uma dada tutela jurídica a uma série de situações fáticas que nem sempre tem um regime jurídico claro. Rachel Sztajn salienta que a “tipicidade normativa indica, não a impossibilidade da existência de contratos atípicos, mas a determinação da disciplina de algumas operações econômicas aptas a receber uma infinidade de contratos distintos, referíveis a essa disciplina típica”⁴⁴².

Em síntese: “O juízo acerca da tipicidade ou atipicidade do contrato é importante para a determinação do seu regime jurídico”⁴⁴³. Quanto o contrato é típico os elementos normativos injuntivos e voluntários têm vigência independentemente de estipulação das partes. Isto é, a tipicidade implica que o regime jurídico do tipo legal

⁴³⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 115.

⁴⁴⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 115.

⁴⁴¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 87.

⁴⁴² SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 8.

⁴⁴³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 180.

será aplicado em complementação e mesmo detrimento do que foi pactuado pelas partes.

Já a qualificação dos casos típicos é a determinação da “vigência da disciplina que constitui o modelo regulativo do tipo”⁴⁴⁴. A qualificação é um processo “predicativo” em que o contrato tem seu conteúdo examinado quanto à correspondência a um ou mais tipos e ao grau e modo desta correspondência⁴⁴⁵.

Como se observa, a tipicidade e atipicidade tem profunda relação com a atribuição de efetivos jurídicos ao contrato. No próximo tópico será analisada a como a tipicidade e atipicidade influenciam os contratos que tem como efeitos a comunhão unitária.

3.1.2 Os tipos societários e a comunhão unitária: tipos fechados e taxatividade

A criação de tipos legais e regimes de contratos legalmente típicos não exclui a possibilidade de se criarem novas regras com base na necessidade e interesses das partes. De outro lado, o tipo legal acaba atuando como uma espécie de “ancoragem” para o julgador, que tende a aplicar o regime legal em detrimento das escolhas das partes⁴⁴⁶.

A contraposição do tipo legal e tipo social (extralegal) apontam uma interessante dinâmica das relações contratuais. O exercício da autonomia privada permite que as partes pactuem regimes contratuais que fujam à estrutura legalmente prevista. De outro lado, essa liberdade é em geral mitigada pelas expectativas e necessidade de segurança das partes, que as leva a escolherem modelos já comuns e consagrados na sociedade e no mercado.

⁴⁴⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 160.

⁴⁴⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 161.

⁴⁴⁶ “Em decorrência disso, a postura conservadora dos juristas e as exigências objetivas de certeza levam a um fenômeno de inércia das formas contratuais: a tentativa de ater-se a terrenos consolidados e de enfrentar novos problemas usando esquemas já conhecidos (DE NOVA, 1974, p. 3). O clima é de reverência aos tipos legislativos, considerados uma espécie de forma ideal à qual os contratos inominados devam se adaptar (DE NOVA, 1974, p. 4). A tendência de reconciliar cada contrato, por meio do processo de tipificação, com os esquemas familiares dos contratos típicos (DE NOVA, 1974, p. 3), conduz fortemente a uma menor originalidade na redação contratual. Por conseguinte, os tipos contratuais, combinados com uma mentalidade “tipificadora” (mentalidade tipizante) (DE NOVA, 1974, p. 5), tornam os países de direito romano-germânico menos propícios a inovações contratuais”. PARGENDLER, Mariana. Desenho contratual em perspectiva comparada: reflexões sobre a relação entre tipificação legal e inovação contratual. **Revista da faculdade de direito – UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 1, p. 219-245, jan.-abr. 2016. p. 233.

Assim, mesmo quando não há um tipo legal, ainda sim é possível que exista um tipo social, ou extralegal, comumente utilizado na prática jurídica:

O tipo social a que não corresponda um tipo legal suscita duas questões importantes. A primeira é a identificação e configuração do tipo social na multiplicidade e variedade da prática na contratação; a segunda é a do contributo do tipo social para o exercício jurídico⁴⁴⁷.

A utilização de contratos baseados exclusivamente em tipos sociais, isto é, nas práticas e usos quotidianos, sem a referência a um tipo legal é feito mediante contratos atípicos. Isto é, as partes usam de sua autonomia para afastarem-se dos tipos previstos em lei, criando uma regulamentação baseada em elementos não previstos nas normas legais.

O exercício desta autonomia e a possibilidade de criação de contratos atípicos é limitada pelo direito. O exemplo mais emblemático ocorre quanto aos direitos reais, que são recobertos pelo princípio da taxatividade, isto é, são *numerus clausus*, existem em estrita conformidade com o rol legal⁴⁴⁸.

Outro ramo em que os tipos fechados são especialmente presentes é no direito societário. Por expressa determinação legal (artigo 983 do Código Civil Brasileiro⁴⁴⁹) os contratos plurilaterais que tem como objeto a criação de uma sociedade devem obrigatoriamente adotar um dos tipos normativos previstos no Código Civil.

O “fechamento” dos tipos societários obedece a uma lógica de maior segurança jurídica necessária nas relações internas e externas da sociedade, conferindo maior rigor à estrutura organizacional e maior certeza na definição e aplicação do regime do tipo⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 60.

⁴⁴⁸ PENTEADO, Luciano Camargo. **Direito das coisas**. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais, 2012. p. 104.

⁴⁴⁹ Código Civil Brasileiro: “rt. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias”.

⁴⁵⁰ “O legislador, quando define os tipos, fechando-os, actua geralmente por preocupações de segurança e de rigor, com o intuito de proporcionar a exactidão ao exercício jurídico, certeza à aplicação do Direito. Isto é particularmente claro na definição rigorosa dos tipos de crimes no Código Penal e dos tipos de direitos reais no Código Civil. [...] Ao fechar os tipos contratuais legais, definindo-os em lei, o legislador visa possibilitar a subsunção, como modo de possibilitar certeza na aplicação do direito do tipo”. VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 40-41.

Rachel Sztajn, empreendendo uma ampla crítica à adoção da taxatividade dos tipos societários, explica que os tipos servirão como “modelo e estrutura” disponíveis às partes, o que reduz sua liberdade em escolher os modelos contratuais para disciplinar suas relações:

Porém, o artigo em comento, a liberdade de escolher o modelo contratual é substancialmente reduzida, o que, de certa forma, implica na intromissão do Estado nas relações privadas, com a consequente diminuição do campo de exercício das liberdades individuais. Os tipos contratuais definidos na Lei nº. 10.406/02 são modelos ou estruturas, esquemas determinados por regras que desenham a estrutura negocial à qual se prendem efeitos igualmente previstos ou predeterminados em lei. No caso, efeitos previstos em lei os quais, queiram ou não as partes, incidem sobre o contrato de acordo com o tipo escolhido. O tipo equivale ao modelo de estrutura posto à disposição das partes para que, da relação oferecida pelo legislador, se escolha um que, no seu entender, satisfaz melhor às necessidades negociais das pessoas. [...] ⁴⁵¹

Assim, no caso do direito societário teremos sempre tipos fechados, sendo que todos os contratos societários serão subordinados aos tipos previstos em Lei e à qualificação e regime jurídico próprios destes tipos.

No que diz respeito à comunhão unitária a relação entre tipicidade legal e tipicidade social será de ampla importância. A principal forma da comunhão unitária em nosso ordenamento decorre de um contrato societário: a sociedade em comum. A comunhão unitária é um dos elementos cernes deste tipo societário, já que representa a forma peculiar pela qual o patrimônio especial dos sócios será regulado nesta relação contratual.

Assim, é possível afirmar-se que a comunhão unitária é um dos índices do tipo da sociedade em comum. Karl Larenz expõe dinâmica semelhante no direito alemão, demonstrando que a forma de gestão do patrimônio em “mão comum” é um elemento que interage com outros elementos do tipo, como a associação das pessoas e a realização de um fim comum, sendo que é a interação de todos estes tipos que dará a “essência” da sociedade:

[...] O ‘tipo’ é, portanto, mais rico de conteúdo que o conceito (abstracto) correspondente. Daí que possam ser subsumidas no conceito aquelas formas que divergem mais ou menos do tipo e são, por isso, qualificadas de ‘atípicas’, como por exemplo a associação em participação, a participação na quota, e diversas espécies de ‘comunhões de interesses’. Também a associação não

⁴⁵¹ FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça. (Coord.). **Código civil comentado: direito de empresa**. São Paulo: Atlas, 2008. v. 11. p. 147.

personalizada, que a lei subsume no conceito de sociedade, não é pura e simplesmente uma sociedade, do ponto de vista tipológico; ela surge a par da sociedade como um tipo inteiramente diverso. E se aprofundarmos a observação, compreenderemos que os aspectos particulares do tipo não estão meramente justapostos, sem relação entre si, mas intimamente unidos por um nexo profundo: a ideia fundamental do contrato que consiste em juntar várias pessoas para a prossecução de um fim comum, postula a formação de uma comunidade de pessoas (com o dever de fidelidade que a caracteriza), e em regra, ainda que não necessariamente, a constituição de um patrimônio comum, para que o que se revela como forma mais adequada a 'mão comum', visto que a afectação do patrimônio ao fim social não seria compatível com a disponibilidade das quotas por cada um dos sócios. As prescrições legais concernentes, embora dispositivas, não são portanto fruto do acaso; nelas se exprime, pelo menos até certo ponto, a essência do tipo 'sociedade'. Mas, para que isso seja possível, o tipo há-de conter algo mais do que um agregado de 'elementos' isolados; há-de ser uma união adequada de momentos que o constituem, portanto, 'um geral de apreensão total' para usar a expressão de HEYDE. E como aquilo que une entre si os momentos individuais é o sentido específico do contrato que no tipo se exprime, bem podemos qualificar o tipo contratual como uma 'forma significante'. Enquanto tal, o tipo contratual é ao mesmo tempo um geral específico e um geral 'concreto'⁴⁵².

Uma vez constatado que a comunhão unitária é índice de tipo societário e, portanto, é submetido a um tipo legal fechado, cabe indagar se existe a possibilidade de se criar a comunhão unitária em relações contratuais atípicas.

Em relações contratuais atípicas a comunhão unitária compõe o que se denomina de configuração do contrato. Isto é, é parte de um quadro regulatório complexo da relação entre as partes. Em específico, a comunhão disciplina a titularidade (plural) do patrimônio envolvido na relação contratual. A configuração do contrato, de outro lado, é um índice do tipo social (extralegal) e, como tal, servirá para que o contrato seja considerado mais ou menos típico em relação aos tipos sociais:

As várias características ou componentes do contrato podem relacionar-se e estruturar-se de modos variados. Este modo de relacionamento das características dentro do quadro do contrato é designado por vezes como estrutura ou como plano construtivo, mas deve melhor ser designado por 'configuração' do contrato. Este modo de relação entre as diversas características do contrato, no quadro complexo regulativo que ele constitui, é também uma característica. A configuração constitui, assim, ela própria, como característica que também é, mais um índice do tipo⁴⁵³.

⁴⁵² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Trad. José Sousa de Brito e José António Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 530-531.

⁴⁵³ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 144.

Assim, a comunhão unitária no âmbito societário pode ser considerada típica. Isto é, compõe o índice de um tipo legal. De outro lado, quando a comunhão unitária não se conforma ao tipo societário, ela é atípica, sendo submetida à autonomia das partes e à tipicidade social dos usos e trânsitos do mercado.

3.1.3 A hipótese: a atribuição de efeitos jurídicos da comunhão unitária aos modelos de governança híbrida dos contratos como forma típica de tutela da cooperação econômica pelo ordenamento privado brasileiro

A investigação dos efeitos da comunhão unitária pelo pensamento tipológico encontra uma limitação. Como foi demonstrado, os contratos legalmente típicos que criam uma relação de comunhão estão taxativamente elencados nos tipos societários. De outro lado, a comunhão unitária pode ser livremente pactuada pelas partes como uma “configuração” própria de sua relação contratual.

Aqui encontramos a necessidade de inclusão de uma nova perspectiva, que permita a compreensão dos arranjos atípicos que poderão adotar a configuração da comunhão unitária.

O ponto de contato proposto neste trabalho será entre a dogmática baseada no pensamento tipológico e as teorias da nova economia institucional que descrevem formas híbridas e hierárquicas de governança aplicadas a arranjos contratuais. Este ponto de contato é a constatação de que há um espaço de autonomia em que as partes podem escolher ou criar vínculos contratuais cujos efeitos sejam aqueles da comunhão unitária obedecendo à lógica econômica da governança contratual.

Nesta perspectiva, encontramos duas situações que envolvem a comunhão unitária.

A primeira situação ocorre quando a comunhão unitária é um efeito previsto normativamente (regime jurídico) e índice de um tipo fechado, situação que ocorre notavelmente na sociedade em comum. O art. 988 do Código Civil Brasileiro⁴⁵⁴ dispõe que o patrimônio das sociedades em comum será especial e de titularidade comum dos sócios. Neste contexto a comunhão integra uma estrutura hierárquica (sociedade) e é normativamente imposta numa relação cuja finalidade é a organização de uma associação empresarial entre os sujeitos.

⁴⁵⁴ Código Civil Brasileiro: “Art. 988. Os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são titulares em comum”.

A segunda situação ocorre quando a comunhão unitária é um índice (ou elemento central) de um tipo contratual não previsto normativamente. Em outras palavras, trata-se de um contrato atípico que cria um regime de patrimônio especial em titularidade comum para a realização de um fim comum dos titulares. Este seria uma clara forma de governança híbrida, pois o elemento hierárquico é praticamente inexistente, mantendo as partes uma relação horizontal e se vinculando mutuamente em relação ao patrimônio comum.

Assim, pode-se dizer que, as figuras legalmente típicas de comunhão unitária em geral surgem como efeitos (ou regime) decorrentes de tipos fechados cuja função é a criação de estruturas hierárquicas (societárias). Já as figuras atípicas de comunhão unitária surgem como elementos de contratos criados pela autonomia das partes que tem características de governança híbridas, e seus efeitos têm pertinência com formas de governança desejada pelas partes, mas não necessariamente previstas pelo ordenamento.

Como explica Pedro Paes de Vasconcelos, a tipicidade é um elemento fundamental no que diz respeito à aplicação das normas legais. As relações típicas devem obedecer às regras injuntivas e dispositivas do regime de seus tipos. Já as relações atípicas não precisam se subordinar a disposições normativas específicas da lei:

A questão de tipicidade como problema de determinação do direito injuntivo e dispositivo do tipo e para além do tipo só se coloca, contudo, quanto aos tipos legais de contrato. A decisão sobre a tipicidade ou atipicidade, quando se refira a tipos extralegais não tem relevância quanto à entrada em vigor de um modelo regulativo típico contido na lei [...]⁴⁵⁵

Isso não significa que a comunhão unitária será exclusivamente parte do regime (ou qualificação) de relações contratuais atípicas. A comunhão unitária é também um índice (elemento) do tipo sociedade em comum, pois é um dos elementos centrais dessa figura (a forma de regulação patrimonial desse tipo).

Em relação às figuras atípicas de comunhão unitária, ou seja, de contratos atípicos que prevejam os efeitos da comunhão unitária, a titularidade plural do patrimônio servirá a uma lógica própria, conforme a forma híbrida de governança

⁴⁵⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 181.

desejada pela parte. De outro lado, a comunhão unitária dificilmente será um índice exclusivo do tipo, será mais comumente um elemento não central do tipo.

A comunhão, neste caso, apresenta uma função peculiar na governança híbrida. Sua função é servir como mecanismo de cooperação econômica entre as partes que permita que o contrato atípico por elas celebrado possa atingir sua finalidade e que o patrimônio comum seja utilizado conforme o fim pactuado.

A função econômico-social de cooperação, como elemento comum ao conteúdo de vários tipos contratuais, caracteriza-se pela interseção de dois fatores: a bilateralidade de custos e benefícios; a coincidência da finalidade típica dos contraentes entre si e com a finalidade global do contrato⁴⁵⁶.

A cooperação define uma dinâmica contratual que varia em torno da finalidade comum, do modo de exercício da atividade e da natureza dos efeitos gerados pelo contrato, o que pode envolver um grande número de relações contratuais atípicas e socialmente típicas:

De entre os critérios possíveis para distinguir os tipos contratuais de cooperação, os mais aptos parecem ser a natureza do fim comum, o modo de exercício da atividade e a natureza dos efeitos gerados pelo contrato, embora nenhum deles seja suficiente para caracterizar a totalidade dos tipos legais ou sociais de cooperação. Ter-se-á pois de aplicar a interseção de todos estes critérios, sendo ainda necessário, para alguns deles ou para alguns subtipos, apelar a critérios complementares relativos a elementos pessoais, objetivos ou circunstanciais⁴⁵⁷.

Por isto, levanta-se a seguinte hipótese: a comunhão unitária é um elemento que contratos empresariais legalmente atípicos podem apresentar como forma de governança híbrida (não hierárquica) para a finalidade de cooperação econômica.

⁴⁵⁶ “Os custos ou sacrifícios consistem ora em contribuições para um fundo comum ou para um patrimônio da outra parte (em dinheiro, noutras coisas ou em serviços) ora na assunção (liberatória) de obrigações, podendo umas e outras ser iguais ou diferentes em natureza e quantidade. Os benefícios ou vantagens podem decorrer da participação no lucro, da redução de custos, do incremento do ativo ou do desenvolvimento do volume de negócios. Mas, nalgumas associações, não tem natureza nem pessoal nem patrimonial, veiculando a realização de um objetivo social ou favorecendo terceiros”. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos III: contratos de liberalidade, de cooperação e de risco**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 78-79.

⁴⁵⁷ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos III: contratos de liberalidade, de cooperação e de risco**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

3.2 AS CONTRIBUIÇÕES DO *LAW AND ECONOMICS* PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO PRIVADO

Até o momento foi observado que a comunhão unitária pode decorrer de relações contratuais típicas e atípicas. Os efeitos da comunhão unitária, nessas relações contratuais, dão corpo a operações econômicas. Nesse tópico serão apresentados os referenciais da *Law and Economics* e da Nova Economia Institucional, que serão utilizados para se compreender a lógica econômica que motiva as relações contratuais nas quais se observam o efeito da comunhão unitária.

3.2.1 As premissas da do *Law and economics* e da Nova Economia Institucional

A *Law and Economics* é uma corrente do pensamento jurídico que busca uma aproximação e utilização dos referenciais da economia nas ciências jurídicas. Muitas vezes referido como “movimento”, “[...] pode ser definido como a aplicação da teoria econômica, em especial seu método, para o exame da formação, estruturação e impacto da aplicação das normas e instituições jurídicas, surgida a partir do desenvolvimento das doutrinas econômicas e da atenção dos economistas para os assuntos jurídicos”⁴⁵⁸.

A fundação e principal desenvolvimento desta corrente ocorreu nos Estados Unidos da América, sendo profundamente influenciado pelas instituições, cultura e recepções jurídicas daquele país. Ugo Mattei explica que de início a tradição do *common law* Inglês transmitiu aos E.U.A. uma moldura institucional na qual existiam tribunais independentes que exerciam um papel de controle e proteção dos direitos contramajoritários e das políticas públicas⁴⁵⁹.

De outro lado, os E.U.A. também foram influenciados pela tradição do *civil law*, em especial pelos direitos individuais universais, que foram emoldurados na Constituição do país⁴⁶⁰. Outra fundamental importação da Europa foi “a presença de

⁴⁵⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., at., amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 67.

⁴⁵⁹ MATTEI, Ugo. A ascensão e queda do *law and economics*: um ensaio para o Juiz Guido Calabresi. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 3, n. 5, p. 441-475, jul./dez. 2011.

⁴⁶⁰ MATTEI, Ugo. A ascensão e queda do *law and economics*: um ensaio para o Juiz Guido Calabresi. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 3, n. 5, p. 441-475, jul./dez. 2011. p. 445.

instituições acadêmicas fortes e independentes que servem como um contrabalanço profissional ao processo político”⁴⁶¹.

Estas inúmeras recepções do direito estrangeiro deram ao direito dos Estados Unidos um caráter peculiar que o distingue da maioria dos sistemas jurídicos contemporâneos. Em especial a “Descentralização é provavelmente o aspecto mais original da estrutura fundamental do Direito dos EUA”⁴⁶².

No campo doutrinário os antecedentes da análise econômica do direito encontram-se nos autores do utilitarismo do Século XVIII. Em especial as ideias de Adam Smith e Jeremy Bentham, que defendiam que as pessoas se comportam de modo a maximizar sua utilidade e felicidade foram os precursores mais relevantes⁴⁶³.

A influência destes autores no pensamento jurídico ocorria em especial na preocupação sobre os efeitos que o direito produziria no mercado e na sociedade:

No século XVIII, pensava-se que esta combinação óptima das utilidades devia ser ou levada a cabo pela lei (J. Bentham), ou, pelo contrário, deixando a máxima liberdade de acção aos indivíduos, como agentes de mercado (Adam Smith). Note-se, de passagem, como ambos os autores temem que a intromissão da burocracia estadual perturbe este mecanismo. Mas, ao mesmo tempo, o modo diferente como um e outro identificam os perigos desta intervenção. [...] ⁴⁶⁴.

Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior adotam⁴⁶⁵ a divisão de cinco momentos distintos na implantação e amadurecimento da Análise econômica do direito. O primeiro momento seria a o início ou inauguração. O segundo momento corresponde à implementação do paradigma (1958-1973). O terceiro momento é a aceitação do paradigma (1973-1980). O quarto momento representa o

⁴⁶¹ MATTEI, Ugo. A ascensão e queda do *law and economics*: um ensaio para o Juiz Guido Calabresi. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 3, n. 5, p. 441-475, jul./dez. 2011. p. 446.

⁴⁶² MATTEI, Ugo. A ascensão e queda do *law and economics*: um ensaio para o Juiz Guido Calabresi. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 3, n. 5, p. 441-475, jul./dez. 2011. p. 447.

⁴⁶³ HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. reel. Coimbra: Almedina, 2009. p. 234.

⁴⁶⁴ HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. reel. Coimbra: Almedina, 2009. p. 234-235.

⁴⁶⁵ MACKAAY, Ejan. History of law and economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of law and economics**. Vol. 1 – The history and methodology of law and economics. Massachusetts: Edgar Elar Publishing Inc., 2000. p. 71-80.

questionamento do paradigma (1973-1983). O quinto e último momento é marcado pela reformulação do movimento (1983 até hoje)⁴⁶⁶.

O início do movimento do *law and economics* em geral é atribuído à produção iniciada por Ronald Coase, em especial a publicação de seu trabalho “The nature of the firm”, bem como o lançamento do periódico “Journal of law and economics” pela Universidade de Chicago⁴⁶⁷. O momento da implementação do paradigma, de outro lado, é representado pelo alcance e prestígio que as obras que adotaram o referencial do *law and economics* surtiram no campo da economia e do direito. Além do já mencionado artigo de Ronald Coase, também foi profundamente impulsionada por Guido Calabresi, que foi o primeiro acadêmico com formação jurídica a empreender uma análise com referenciais econômicos⁴⁶⁸.

O terceiro momento, da aceitação do paradigma, representa um momento de criação de diversos novos periódicos científicos voltados para o estudo da *law and economics*. Neste momento também houve profunda influência da obra de Richard Posner, que aplicava à sua pesquisa jurídica a observação empírica e histórica⁴⁶⁹. No momento subsequente houve um período de questionamento do paradigma. Este questionamento surgiu a partir da análise do contexto político em que se desenvolvia a *law and economics*⁴⁷⁰. Os críticos desta corrente do direito acusam uma

⁴⁶⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**: contratos empresariais e análise econômica. 2. ed. rev., at., amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 71.

⁴⁶⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**: contratos empresariais e análise econômica. 2. ed. rev., at., amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 72.

⁴⁶⁸ “Durante a era do realismo triunfante alguns advogados, ao invés de escolherem economistas como coautores, preferiram uma participação direta no conhecimento econômico. Entre estes pesquisadores que se equipavam para se aventurarem sozinhos, por meio das bibliotecas, encontra-se o verdadeiro criador da Law and Economics: Guido Calabresi”. MATTEI, Ugo. A ascensão e queda do *law and economics*: um ensaio para o Juiz Guido Calabresi. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 3, n. 5, p. 441-475, jul./dez. 2011. p. 454.

⁴⁶⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**: contratos empresariais e análise econômica. 2. ed. rev., at., amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 74-75.

⁴⁷⁰ “A análise econômica do Direito, aquém de ser um método de governança carente de uma legitimação como a de qualquer outra ordem legal, tornou-se então a espinha tecnológica do mercado global, algo a ser avaliado apoliticamente, a ser descrito e modificado por outras práticas tecnológicas. Pela primeira vez desde o fim da Guerra Fria financiamento se tornou disponível aos acadêmicos que queriam se tornar os tecnocratas e engenheiros deste sistema apolítico”. MATTEI, Ugo. A ascensão e queda do *law and economics*: um ensaio para o Juiz Guido Calabresi. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 3, n. 5, p. 441-475, jul./dez. 2011. p. 460.

degeneração do paradigma em um mero paroquialismo, uma aplicação de tecnicismos sem maiores critérios⁴⁷¹.

Por fim, o derradeiro e atual momento do *law and economics* consiste na sua reformulação. Este momento observou a incorporação de várias das críticas feitas ao paradigma, mas também a criação de novas correntes no campo. Houve a fundação de novas “escolas”, também baseadas em análise econômica, mas com premissas e fundamentos muitas vezes distintos e antagônicos. Alguns exemplos de novas correntes são: a Nova Economia Institucional (NEI) e a *Comparative Law and Economics*⁴⁷².

Em conclusão, os diversos momentos da análise econômica do direito trouxeram diferentes reflexões e contribuições para o pensamento jurídico. Atualmente, a *law and economics* representa um projeto acadêmico com algumas características próprias:

Qual seria, então, o projeto acadêmico da disciplina de Direito e Economia? A meu ver, deve ser essencialmente o de (a) aprofundar a discussão sobre as opções institucionais disponíveis, trazendo os efeitos de cada opção para o centro do debate, (b) apontar os incentivos postos pelas instituições jurídico-políticas existentes, de modo a identificar interesses dos diversos grupos, inclusive daqueles sub-representados no processo político representativo, (c) repensar o papel do Poder Judiciário, de modo que este se encaixe nos sistemas modernos de formulação de políticas públicas, mas tendo em conta que o país já possui uma tradição jurídica, e (d) enriquecer a gramática jurídica, oferecendo novo ferramental conceitual que ajude os estudiosos, os profissionais, e os pesquisadores em Direito a enfrentar dilemas normativos e interpretativos⁴⁷³.

No direito brasileiro, a análise econômica do direito vem progressivamente ganhando espaço, em especial no direito empresarial. Ainda, há uma maior adoção deste referencial nos tribunais e nas decisões judiciais. Ao contrário de representar uma recepção acrítica, a *law and economics* parece ser consequência de uma maior

⁴⁷¹ “Depois de suas grandiloquentes promessas iniciais (pelas quais valia a pena lutar), Law and Economics tem evoluído a um instrumento paroquial de propaganda de um enraizado mainstream intelectual que torna tudo, até cultura, em atributos técnicos. Quando o Direito é tornado uma tecnologia cara deixa de ser produto da cultura”. MATTEI, Ugo. A ascensão e queda do *law and economics*: um ensaio para o Juiz Guido Calabresi. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 3, n. 5, p. 441-475, jul./dez. 2011. p. 470.

⁴⁷² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., at., amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 78.

⁴⁷³ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é ‘direito e economia’? **Direito Unifacs – Debate Virtual**. n. 160, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793>>. p. 16.

intervenção judicial na formulação das políticas e a necessidade decorrente de se compreender melhor as consequências das decisões judiciais.

Como explicam Mariana Pangendler e Bruno Salama:

Além disso, argumentamos que o uso crescente do pensamento econômico por tribunais brasileiros não é produto da imitação cega de modismos estrangeiros. Ao invés disso, ele é o resultado de uma profunda transformação no caráter e funcionamento do sistema jurídico brasileiro – no sentido de que os tribunais estão cada vez mais empenhados na elaboração e implementação de políticas públicas essenciais. Em outras palavras, nossa hipótese é que, condicionada a níveis mínimos de alfabetização econômica, a intervenção judicial na formulação de políticas é a variável relevante para explicar o surgimento da análise econômica na prática do Direito. [...] ⁴⁷⁴

Uma das correntes do *law and economics* é a Nova Economia Institucional (NEI). Os autores que inauguraram esta corrente foram Oliver Williamson e Douglass North, cujas obras passaram a se concentrar em dois níveis de análise: no estudo do ambiente institucional e nas instituições de governança ⁴⁷⁵

Vinicius Klein assim define a Nova Economia Institucional (NEI): “inclusão das instituições na teoria econômica através de uma perspectiva interdisciplinar, mas sem que a economia perca o papel de liderança, o que se faz por meio da imposição da linguagem matemática, preservando-se o método formal-dedutivo” ⁴⁷⁶.

Este mesmo autor explica que a Nova Economia Institucional é bastante heterogênea, por isto não admite um critério demarcatório preciso ⁴⁷⁷. De outro lado, é possível apontar três premissas principais que unificam a análise da Nova Economia

⁴⁷⁴ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Direito e economia no direito civil – o caso dos tribunais brasileiros. In: POMPEU, Ivan Guimarães et al. (Org.). **Estudos sobre negócios e contratos**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 43.

⁴⁷⁵ “A NEI, como aponta WILLIAMSON (1988), concentra-se em dois níveis de análise, dentre os quatro existentes: um primeiro, que trata do ambiente institucional, ou seja, das regras do jogo e um segundo, que trata das instituições de governança. Para ilustrar, pode-se observar a ECT encontra-se nesse último e a obra de North no primeiro”. KLEIN, Vinicius. **A economia dos contratos na teoria microeconômica**: uma análise a partir do realismo crítico. 2013. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/35722>>. Acesso em: 10 jun. 2018. p. 158.

⁴⁷⁶ KLEIN, Vinicius. **A economia dos contratos na teoria microeconômica**: uma análise a partir do realismo crítico. 2013. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/35722>>. Acesso em: 10 jun. 2018. p. 159.

⁴⁷⁷ KLEIN, Vinicius. **A economia dos contratos na teoria microeconômica**: uma análise a partir do realismo crítico. 2013. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/35722>>. Acesso em: 10 jun. 2018. p. 154-155.

Institucional: “i) as instituições são importantes, ii) as características determinantes das instituições podem ser compreendidas através do ferramental da teoria econômica; iii) a estrutura institucional afeta a performance econômica de forma sistemática e previsível”⁴⁷⁸.

A economia institucional define as instituições não só como os entes que compõem os ambientes públicos e privados da sociedade, mas levando em conta as regras que definem as interações sociais. Na definição de Douglas North: “Instituições são as restrições criadas por seres humanos que estruturam as interações políticas, econômicas e sociais. Elas consistem tanto em restrições informais (sanções, tabus, costumes, tradições e códigos de conduta) como também regras formais (constituições, leis e direitos de propriedade)”⁴⁷⁹.

Assim, as regras sociais formais e informais seriam as instituições que compõem a vida e sociedade. Todos os atores sociais então estariam envolvidos em um ambiente institucional, que por sua vez se dividiria em inúmeros arranjos institucionais. Estas dimensões das instituições são fundamentais na medida que estruturam a interação humana, limitando as alternativas e escolhas dos atores⁴⁸⁰.

O ambiente institucional, por um lado, seria o conjunto de regras fundamentais que estabelecem a base para produção, troca e distribuição (compreendendo-se as regras de natureza política, jurídica e social). De outro lado, o arranjo institucional seria o arranjo entre as unidades econômicas que determina como elas irão cooperar ou competir. Em outras palavras: “Os arranjos institucionais definem, por conseguinte, a forma peculiar como um sistema econômico coordena um conjunto específico de atividades econômicas”⁴⁸¹.

Na conclusão de Ronaldo Fiani:

⁴⁷⁸ KLEIN, Vinícius. **A economia dos contratos na teoria microeconômica**: uma análise a partir do realismo crítico. 2013. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/35722>>. Acesso em: 10 jun. 2018. p. 156.

⁴⁷⁹ “Institutions are the humanly devised constraints that structure political, economic and social interaction. They consist of both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions, and codes of conduct), and formal rules (constitutions, laws, property rights)” NORTH, Douglass C. **Institutions**. *Journal of economic perspectives*. Pittsburgh. p. 97. V. 5. n. 1. winter 1991.

⁴⁸⁰ “The consequent institutional framework, by structuring human interaction, limits the choice set of the actors.” NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance** (Political Economy of Institutions and Decisions). Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Ebook. p. 25.

⁴⁸¹ FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: Instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 4.

Portanto, as instituições, ao definirem as regras do jogo na sociedade e nas organizações, tornam as relações econômicas em grande medida previsíveis, o que facilita as escolhas dos tomadores de decisão, ainda que elas aconteçam em ambientes de grande incerteza e complexidade⁴⁸².

Nas instituições formais sobressaem-se dois direitos econômicos. Elas são os direitos de propriedade e os contratos. A definição econômica destes direitos é bem distinta daquela da dogmática jurídica. Os direitos de propriedade são aqueles direitos que regulam o uso e renda derivada da propriedade e a possibilidade de se alienar um bem ou recurso. Já os contratos são previsões específicas em relação a um acordo de troca⁴⁸³.

Neste sentido, o enfoque da nova economia institucional será o desenvolvimento de modelos institucionais baseados nas regras informais, nas regras jurídicas e nas formas de sua concretização e aplicação⁴⁸⁴.

3.2.2 As formas de governança e os contratos na Nova Economia Institucional

As categorias da Nova Economia Institucional muitas vezes são homólogas de conceitos e institutos jurídicos. Em especial se encontra na literatura econômica a referência a propriedade, contratos e firmas. Estes conceitos econômicos têm alguma relação com as características de seus homólogos no direito, mas apresentam contornos e definições bastante distintas.

⁴⁸² FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: Instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 8. "Institutions exist to reduce the uncertainties involved in human interaction. These uncertainties arise as a consequence of both the complexity of the problems to be solved and the problem-solving software (to use a computer analogy) possessed by the individual. There is nothing in the above statement that implies that the institutions are efficient". NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance** (Political Economy of Institutions and Decisions). Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Ebook. p. 25.

⁴⁸³ "Economic rules define property rights, that is the bundle of rights over the use and the income to be derived from property and the ability to alienate an asset or a resource. Contracts contain the provisions specific to a particular agreement in exchange". NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance** (Political Economy of Institutions and Decisions). Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Ebook. p. 47.

⁴⁸⁴ "Thus, it should be readily apparent that to develop a model of institutions, we must explore in depth the structural characteristics of informal constraints, formal rules, and enforcement and the way in which they evolve. Then we shall be in a position to put them together to look at the overall institutional makeup of political/economic orders". NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance** (Political Economy of Institutions and Decisions). Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Ebook. p. 35.

A distância existente entre os conceitos econômicos e jurídicos ocorre pois eles apresentam funções distintas. Enquanto os conceitos jurídicos buscam em relação ao passado uma relação de imputação (proibir, permitir ou obrigar)⁴⁸⁵. Já os conceitos da economia “não se volta[m] para o passado para julgá-lo, mas para aprender dele”⁴⁸⁶. Em outras palavras, os conceitos econômicos somente fazem referência aos dados para descrever as situações e permitir previsões futuras⁴⁸⁷.

Deste modo, é necessária uma breve explicação das categorias conceituais da Nova Economia Institucional para compreender-se as convergências e divergências em relação aos conceitos jurídicos e suas funções. Em específico, serão apresentados o significado de contrato, propriedade e governança.

A teoria dos contratos na economia é bastante diferente da disciplina jurídica. A construção da ideia do contrato na economia é profundamente influenciada por três modelos⁴⁸⁸.

O primeiro modelo é o modelo clássico. Neste modelo o propósito do contrato é a facilitação das trocas. Este modelo contratual é formalista, tratando indistintamente a identidade das partes e pressupondo sempre condições ideais de mercado. Neste modelo considera-se que as regras formais e informais pactuadas pelas partes serão suficientes para reger a totalidade do acordo⁴⁸⁹.

O segundo modelo é o modelo neoclássico. Este modelo reconhece que nem toda contratação será tão perfeita quanto pressupõe o modelo clássico. Este modelo pressupõe que sempre haverá um grau de incerteza na contratação das partes, que não poderá ser resolvido previamente. Assim, devem ser levadas em conta inúmeras

⁴⁸⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, p. 9. v. 2, n. 8, out. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29104>>. Acesso em: 18 out. 2011.

⁴⁸⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, p. 9. v. 2, n. 8, out. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29104>>. Acesso em: 18 out. 2011. p. 10.

⁴⁸⁷ “Ora, o tipo ideal na economia é uma racionalidade, que explica e interpreta as ações “de um ponto de vista econômico”. O ponto de vista econômico pode ser o ponto de vista do custo e do benefício. O preço, ou o custo, e os benefícios esperados são legitimamente levados em conta para justificar e dar razão de ser (racionalidade) do juízo econômico. A economia pode dizer, portanto, o que custa e quanto custa, no curto, no médio, no longo prazo, para um agente, ou vários e assim por diante”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, p. 9. v. 2, n. 8, out. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29104>>. Acesso em: 18 out. 2011. p. 4-5.

⁴⁸⁸ WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: The governance of contractual relations. **Journal of law and economics**, v. 22, n. 2, p. 233-261, out. 1979.

⁴⁸⁹ WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: The governance of contractual relations. **Journal of law and economics**, v. 22, n. 2, p. 233-261, out. 1979. p. 236.

incertezas, tal como as contingências, a necessidade de adaptação das partes e a mudança no mundo. Neste modelo contratual pressupõe-se a existência de mecanismos de flexibilidade, arbitragem de conflitos e litígio diante da incompletude do contrato⁴⁹⁰.

O terceiro modelo é o dos contratos relacionais. Os atributos dos contratos relacionais são sua individualização, fluidez e dinamicidade. Ele pressupõe que as partes entrarão em uma relação complexa, que será alterada e sofrerá transformações ao longo do tempo⁴⁹¹. O principal ponto de diferenciação dos contratos neoclássicos é que nos contratos relacionais os mecanismos de ajuste não se limitam às incompletudes do acordo original, mas sim contemplam a totalidade da relação desenvolvida entre as partes⁴⁹².

Os diversos modelos de contratos foram incorporados no pensamento de Oliver Williamson, que inseriu a lógica econômica do contrato internamente a outras disciplinas

Em primeiro lugar, a economia pode fazer uso de duas análises: a ciência da escolha e a ciência dos contratos. A ciência da escolha tem enfoque na escassez e alocação dos recursos. Já a ciência do contrato pode ser subdividida em ordenação pública e ordenação privada. A ordenação pública dá origem à economia constitucional, cujo enfoque são as políticas públicas e organização dos recursos pelo Estado. Por fim, a ordenação privada pode ser subdividida em mais dois ramos: o alinhamento de incentivos e a governança⁴⁹³.

⁴⁹⁰ WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: The governance of contractual relations. **Journal of law and economics**, v. 22, n. 2, p. 233-261, out. 1979. p. 237.

⁴⁹¹ EISENBERG, Melvin A. Why There Is No Law of Relational Contracts. **Northwestern University Law Review**, v. 94, n. 3, p. 805-822, 1999. p. 812-813

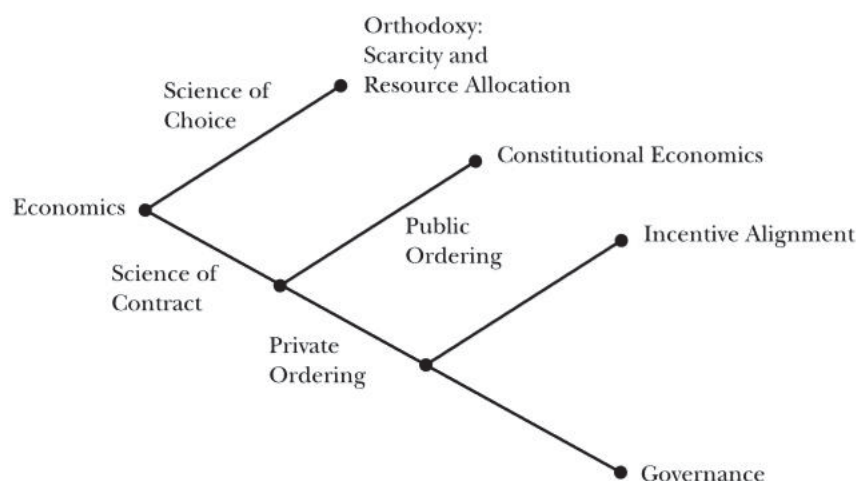
⁴⁹² WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: The governance of contractual relations. **Journal of law and economics**, v. 22, n. 2, p. 233-261, out. 1979. p. 238.

⁴⁹³ WILLIAMSON, Oliver E. The theory of the firm as governance structure: from choice to contract. **Journal of economic perspectives**, Pittsburgh, v. 16, n. 3, p. 171-195, summer 2002. p. 172-173.

FIGURA 2 – DEFINIÇÕES DE WILLIAMSON SOBRE AS “CIÊNCIAS DA ESCOLHA E DO CONTRATO”⁴⁹⁴

Figure 1

The Sciences of Choice and Contract



O alinhamento de incentivos trata da teoria da agência e direitos formais de propriedade. Já a governança trata das formas de gestão das relações contratuais em andamento (implementação de contratos)⁴⁹⁵.

O alinhamento dos incentivos representa as formas que os agentes podem incentivar as trocas sem uma interação profunda entre as partes. Já os direitos formais de propriedade, nessa perspectiva econômica, representam uma particular forma de custos de transação, já que significam “custos de estabelecer e manter direitos de propriedade”, de forma exclusiva⁴⁹⁶. Por fim, a teoria da agência também trata de uma particular forma de custo de transação, representada pelos custos envolvidos na fiscalização e cooperação em prol da atividade produtiva⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ WILLIAMSON, Oliver E. The theory of the firm as governance structure: from choice to contract. **Journal of economic perspectives**, Pittsburgh, v. 16, n. 3, p. 171-195, summer 2002. p. 173.

⁴⁹⁵ WILLIAMSON, Oliver E. The theory of the firm as governance structure: from choice to contract. **Journal of economic perspectives**, Pittsburgh, v. 16, n. 3, p. 171-195, summer 2002. p. 173.

⁴⁹⁶ FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: Instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p.63.

⁴⁹⁷ FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: Instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 66.

A governança seria a matriz institucional na qual as transações são negociadas e executadas⁴⁹⁸. Nesse sentido, as formas de governança terão implicação direta sobre o ambiente institucional no qual ocorrem as trocas. Em específico as características institucionais do ambiente que geralmente impactam as transações são: as especificidades dos ativos (recursos que não podem ser reaproveitados fora do ambiente institucional, tal como localização, ativos humanos, etc) e a incerteza comportamental (que implica na impossibilidade de se conhecer todos os eventos que possam afetar a transação)⁴⁹⁹.

Dessa forma, a distinção fundamental entre o alinhamento de incentivos e as formas de governança reside na exata forma de se pensar e estruturar os custos de transação. A governança trata os custos de transação de forma mais especializada, pensando não somente como adquirir com exclusividade os direitos de propriedade dos ativos e como fiscalizar a atuação em relação à atividade econômica, indo mais além para pensar como o ambiente institucional influenciará a forma de criação e execução dos contratos.

Desta forma, a Nova Economia Institucional conceitua o contrato como um mecanismo de efetuar transações que serão sempre complexas e incompletas. Essa incompletude exige que as partes se adaptem às alterações das circunstâncias imprevistas, o que será realizado de forma cooperativa através de mecanismos de governança.

O estudo da governança também recorre à racionalidade limitada, mas a principal lição para a ciência do contrato é diferente: Todos os contratos complexos inevitavelmente são incompletos. Por essa razão, as partes são confrontadas com a necessidade de se adaptar a distúrbios não antecipados, que surgem por conta de lacunas, erros e omissões no contrato original (...)⁵⁰⁰.

⁴⁹⁸ FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: Instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 93.

⁴⁹⁹ FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: Instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 98-99.

⁵⁰⁰ "The study of governance also appeals to bounded rationality, but the main lesson for the science of contract is different: All complex contracts are unavoidably incomplete. For this reason, parties will be confronted with the need to adapt to unanticipated disturbances that arise by reason of gaps, errors and omissions in the original contract. [...]". WILLIAMSON, Oliver E. The theory of the firm as governance structure: from choice to contract. **Journal of economic perspectives**, Pittsburgh, v. 16, n. 3, p. 171-195, summer 2002. p. 174.

De forma semelhante ao contrato, o direito de propriedade também apresenta inúmeras peculiaridades na lógica econômica. Na economia predomina uma noção multidimensional da propriedade. Isto é, a propriedade tem uma acepção legal, que são os direitos que as partes têm de acordo com as normas vigentes, mas também tem uma segunda dimensão, que são os direitos que efetivamente possuem nas atividades econômicas de troca e produção⁵⁰¹.

Na concepção econômica a propriedade não se limita à titularidade e aos direitos reais existentes sobre os bens. Ela compreende também eventuais limitações externas impostas ao pleno uso da propriedade, como limitações administrativas, tributárias, ambientais, e também diminuições na exclusividade do poder proprietário decorrente de inadimplemento das partes em relações econômicas complexas⁵⁰².

Assim, a propriedade sofre dos mesmos problemas que o contrato: a incompletude das informações e a imperfeição das prestações e da solução de conflitos que envolvem as relações complexas das partes na economia:

Desse modo, o que definirá se existirão conflitos (ou seja, se o potencial que o direito de propriedade possui para gerar conflitos se concretizará ou não) são os arranjos institucionais que os regulam. Por 'regular' entendemos não apenas definir inicialmente os direitos de propriedade que cabem às partes envolvidas em uma transação – nunca esquecendo que esta definição será sempre incompleta, com alguns atributos não sendo especificados antecipadamente – mas também, e de forma mais importante, atribuindo e solucionando problemas que surjam na execução da transação, de forma a incentivar a cooperação e reduzir os conflitos. [...] ⁵⁰³

Deste modo, assim como os contratos, a propriedade no sentido econômica também seria marcada pela incompletude, oportunismo e racionalidade limitada das partes, que não podem ser resolvidas sem custos pelos tribunais. Por isso, também no âmbito da propriedade surgiria a necessidade de criação de mecanismos de governança pelos agentes⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: Instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 74.

⁵⁰² FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: Instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 74-75.

⁵⁰³ FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: Instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 80.

⁵⁰⁴ [...] Moreover, because problems of nonverifiability are posed when bounded rationality, opportunism and idiosyncratic knowledge are joined (Williamson, 1975, p. 31-33), dispute resolution by the courts in such cases is costly and unreliable. Private ordering—that is, efforts to craft governance structure supports for contractual relations during the contract implementation interval—thus makes its appearance. WILLIAMSON, Oliver E. The theory of the firm as governance structure:

Gunther Teubner⁵⁰⁵ afirma que recentes análises sobre as firmas empresariais (*business firms*) demonstraram que as formas híbridas são na verdade arranjos sofisticados que surgem em decorrência de demandas contraditórias entre competição e cooperação. Esse autor defende que as formas híbridas são expressão de um paradoxo na análise econômica, essencialmente centrado em dois aspectos. Primeiro, no fato se a ação dos agentes econômicos é individual ou coletiva. Em segundo, representa uma resposta às demandas contraditórias de competir e cooperar, que geralmente são conciliadas pelas formas de mercado/hierarquia ou contrato/organização⁵⁰⁶.

A governança, assim, é um dos elementos mais importantes para a economia quando se trata da relação entre os agentes. As formas de governança nada mais são do que fenômenos intraeconômicos que buscam conciliar imperativos fundamentais do mercado (competir e cooperar)⁵⁰⁷.

3.2.3 Os modelos de governança definidos quanto ao grau de cooperação: mercado, híbridos e hierárquicos

Douglass North, ao avaliar a relação entre os direitos e as restrições (obrigações), pondera que existem três níveis distintos de operações econômicas. O primeiro seria uma simples troca. O segundo seria uma relação mais complexa no contexto de um processo de produção. E a última seria uma relação complexa dentro da economia em geral⁵⁰⁸.

Esta ponderação sobre as diferentes instâncias (e graus) na relação entre os agentes econômicos foi um avanço em relação a um dos pressupostos básicos da

from choice to contract. **Journal of economic perspectives**, Pittsburgh, v. 16, n. 3, p. 171-195, summer 2002. p. 174.

⁵⁰⁵ TEUBNER, Gunther. Double Bind: Hybrid Arrangements as De-Paradoxifiers: Comment. **Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft**, vol. 152, no. 1, 1996, pp. 61. JSTOR, www.jstor.org/stable/40751906.

⁵⁰⁶ TEUBNER, Gunther. Double Bind: Hybrid Arrangements as De-Paradoxifiers: Comment. **Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft**, vol. 152, no. 1, 1996, pp. 61. JSTOR, www.jstor.org/stable/40751906.

⁵⁰⁷ TEUBNER, Gunther. Double Bind: Hybrid Arrangements as De-Paradoxifiers: Comment. **Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft**, vol. 152, no. 1, 1996, pp. 63. JSTOR, www.jstor.org/stable/40751906.

⁵⁰⁸ "The relationship between rights and constraints in an exchange can be illustrated at three levels: first at the level of a single straightforward exchange, second in the more complex relationship involved in the production process, and finally for the economy as a whole". NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance** (Political Economy of Institutions and Decisions). Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Ebook. p. 61.

economia: comprar ou criar (“make or buy – internal procurement or market procurement”⁵⁰⁹). Esta distinção é fundada na teoria da firma de Ronald Coase⁵¹⁰, que ponderou que os agentes econômicos somente deixariam de recorrer ao mercado e organizariam “firmas”, internalizando a produção, quando os custos fossem inferiores e a direção dos recursos dependesse do empresário.

Na concepção de Oliver Williamson essa dinâmica da economia implica em três modelos distintos de governança: mercado, híbridos e hierárquicos.

Como explica Douglass North, contratos representam formas diferentes de facilitar as trocas, seja por firmas, por simples troca no mercado ou por formas mais complexas de acordos e intercâmbios⁵¹¹. Ao passo que no mercado as formas são menos complexas e envolvem trocas mais diretas, a hierarquia representa uma forma mais complexa de organização.

North ainda salienta que as hierarquias evoluem com uma organização mais complexa, o que exige estruturas formais que regulem as relações entre agentes e principais⁵¹². “[...] Neste tipo de estrutura de governança a decisão se dá por autoridade hierárquica – ou, como diz Oliver Williamson, por *fiat* (“faça-se” em latim). É este o tipo de decisão que podemos encontrar no interior da administração de empresas privadas, órgãos da administração direta, etc”⁵¹³.

Os modelos híbridos são notadamente intermediários às formas de governança do mercado e das hierarquias:

⁵⁰⁹ WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 99.

⁵¹⁰ “These, then, are the reasons why organisations such as firms exist in a specialised exchange economy in which it is generally assumed that the distribution of resources is ‘organised’ by the price mechanism. A firm, therefore, consists of the system of relationships which comes into existence when the direction of resources is dependent on an entrepreneur.” COASE, Ronald H. The nature of the firm. **Economica, New Series**, London, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937. p. 393.

⁵¹¹ “That is, the contracts will reflect different ways to facilitate exchange, whether through firms, franchising, or other more complex forms of agreement that extend in a continuum from straightforward market exchange to vertically integrated exchange”. NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance** (Political Economy of Institutions and Decisions). Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Ebook. p. 53.

⁵¹² “The creation of formal legal systems to handle more complex disputes entails formal rules; hierarchies that evolve with more complex organization entail formal structures to specify principal/agent relationships”. NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance** (Political Economy of Institutions and Decisions). Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Ebook. p. 46.

⁵¹³ FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: Instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 101

Mercados e hierarquias são figuras polares [...] Em termos simples, o direito contratual neoclássico de governança híbrida difere tanto do direito contratual clássico de mercados e do direito contratual restrito das hierarquias, em geral sendo mais elástico que o primeiro, mas mais legalista que o segundo [...]⁵¹⁴.

Nesta definição econômica a sociedade é marcada pelas estruturas hierárquicas, pouco importando a existência de personalidade jurídica. O fundamental é que a cooperação entre os agentes econômicos seja estruturada por uma regulamentação rígida e formal.

De outro lado, os mecanismos de governança híbridos seriam definidos por “instrumentos de incentivo, mas também controles administrativos”⁵¹⁵. Eles seriam próprios em situações que exigem uma maior flexibilidade na cooperação entre as partes, mas ainda pressupõem um vínculo estável entre elas.

A utilização de cada uma destas formas de governança dependeria de dois fatores: a frequência das trocas e a especificidade dos ativos. Especificidade dos ativos são condições que impedem sua substituição de modo simplificado e decorrem de fatores de localização, atributos físicos, dedicação futura, e atributos humanos⁵¹⁶.

Assim, a utilização de cada uma das formas de governança poderia ser elencada nesta lógica: 1. A estrutura de governança de mercado é menos especializada, realiza transações de ativos não específicos com grande frequência; 2. As estruturas hierárquicas são aptas para ativos de elevado grau de especificidade e transações recorrentes; 3. As estruturas híbridas são adequadas para; 3.1. Transações com ativos de moderado grau de especificidade, independentemente de sua frequência; 3.2. Transações com ativos de alto grau de especificidade, mas com baixa frequência de transações⁵¹⁷.

Como se observa, a tutela pretendida pelas formas híbridas depende não só da frequência das trocas, mas também da especificidade dos ativos, isto é, da maior especialização necessária nas trocas e nos seus objetos.

⁵¹⁴ “Markets and hierarchies are polar modes. [...] Plainly, the neoclassical contract law of hybrid governance differs from both the classical contract law of markets and the forbearance contract law of hierarchies, being more elastic than the former but more legalistic than the latter. [...]” WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 104.

⁵¹⁵ FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: Instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 103.

⁵¹⁶ FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: Instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 98.

⁵¹⁷ FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: Instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 104.

Em certa medida todas estas formas de governança envolvem certo grau de cooperação entre as partes. De outro lado, são as estruturas hierárquicas e híbridas que estruturam uma proteção efetiva à cooperação entre um grupo de agentes econômicos e incentiva que eles mantenham relação duradoura e complexa.

As “formas híbridas”, assim, podem desempenhar um interessante papel no debate da cooperação “interfirmas”:

Porém, não pode deixar de ser ressaltado que, no contexto dessa literatura teórica, é a noção de formas híbridas que apresenta algumas das mais importantes contribuições para o entendimento da coordenação dos arranjos cooperativos. Ou seja, no debate sobre cooperação interfirmas, a noção de formas híbridas tem um importante papel a desempenhar, relativo a uma característica que faz parte da essência de tais arranjos⁵¹⁸.

Como se observa, a economia oferece um importante modelo que é frequentemente ignorado pela dogmática jurídica. Os modelos de governança híbridos representam eficácias jurídicas em relações contratuais que são buscadas pelos agentes econômicos, mas frequentemente não encontram adequada roupagem jurídica.

As relações contratuais em geral representam operações “instantâneas”, nas quais as partes se obrigam em relação a prestações definidas dentro de uma operação econômica relativamente fechada⁵¹⁹. O protótipo da operação econômica é o contrato de compra e venda, no qual se troca em geral uma coisa por um preço.

De outro lado, é inegável que o contrato também desempenha uma função mais complexa, servindo como um fator instrumental e funcional de organização da empresa (dos fatores produtivos e arranjos de mercado)⁵²⁰. Esse tipo de contrato, por se alicerçar sobre organizações que tendem a ser duradouras, perdura de forma mais perene e exige uma contínua prestação e interrelação entre as partes, já que em

⁵¹⁸ GRASSI, Robson Antonio. Williamson e ‘formas híbridas’: uma proposta de redefinição do debate. **Economia e sociedade**, Campinas, v. 12, n. 1(20), p. 43-64, jan./jun. 2003. p. 45.

⁵¹⁹ “Concluir um contrato significa – já o sabemos – realizar uma operação económica reconhecida e tutelada pelo direito. E a operação realiza-se efectivamente, no plano legal, quando o contrato produz determinados efeitos jurídicos. Os efeitos do contrato, na verdade, representam precisamente a expressão e formalização jurídica daquelas transferências de riqueza que constituem a substância de qualquer operação contratual”. ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 211.

⁵²⁰ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 66-67.

geral tem um certo grau de incompletude, visto que a limitação do conhecimento das partes em relação ao futuro⁵²¹.

Paula Forgioni aponta que os contratos podem ser qualificados dentro desta lógica, a partir da intensidade do comportamento futuro entre as partes, medido essencialmente em relação à liberdade de atuação das partes pós-celebração do negócio. A autora elenca três qualificações contratuais, os contratos imediatos (spot), híbridos e societários:

Quanto ao grau de integração entre as empresas, ou de vinculação futura das partes, os contratos empresariais classificam-se em imediatos [“spot”], híbridos [muitas vezes identificados como contratos de colaboração] e societários.

Os negócios condicionaram o comportamento futuro dos agentes econômicos, restringido, com maior ou menor intensidade, sua liberdade de atuação pós-celebração. O contrato pode projetar quase ou nenhum efeito para o futuro., quando a ligação econômica produzida for pouco intensa, desfazendo-se não logo adimplida a prestação. Da mesma forma, pode levar à forte vinculação das partes, atando-as à relação econômica e diminuindo a possibilidade de, no futuro, abraçarem estratégias conflitantes com a palavra empenhada.

Eis importante variável das contratações interempresariais: *o grau de estreitamento da liberdade futura das partes em decorrência da contratação*⁵²².

A autora, além disto, aponta que estas três qualificações estão dispostas horizontalmente, tendo em um extremo os contratos de intercâmbio e no extremo oposto as sociedades. O campo intermediário seria representado pelos contratos híbridos, em suas diversas modalidades. Como explica Paula Forgioni:

Dispuséssemos as formas jurídicas das relações entre empresas ao longo de uma linha imaginária, teríamos, em um extremo, os contratos de intercâmbio e, no outro, as sociedades. No entremeio, os mais variados tipos de contratos híbridos, que conjugam o elemento de intercâmbio com o de colaboração. Quanto mais próximo o contrato híbrido estiver daquele de intercâmbio, maior

⁵²¹ “The contract specified by economic theory is simple, complete, and straightforward. It involves an exchange of a unidimensional product at an instant of time. The contract in modern complex economies both is multidimensional and extends over time. Because there are multiple dimensions, with respect both to the physical characteristics and to the property rights characteristics of the exchange, of necessity the result is that one must spell out many of the provisions. Moreover, the contract will typically be incomplete, in the sense that there are so many unknowns over the life of contracts extending over time that the parties will (deliberately) leave to the courts or to some third party the settlement of disputes that arise over the life of the contract”. NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance** (Political Economy of Institutions and Decisions). Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Ebook. p. 52-53.

⁵²² FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 50.

o grau de independência das partes e menor a colaboração futura entre elas. Ao nos deslocarmos na direção das sociedades, maior será o grau de estabilidade do vínculo e da colaboração⁵²³.

O âmbito dos contratos híbridos seria aquele dos contratos de colaboração. Estes modelos contratuais têm como características uma maior extensão no tempo, a ausência dos efeitos jurídicos próprios dos contratos societários, o balizamento da relação entre as partes e a existência de áleas interdependentes mas não comuns⁵²⁴.

Esta definição adotada com base no grau de vinculação posterior das partes provém da economia institucional, que investiga as formas de “governança” do mercado por meio de arranjos contratuais⁵²⁵. Na mesma linha da proposição da qualificação dos contratos quanto ao grau de vinculação das partes, as formas de governança propostas pela economia institucional também se dividem em três formas básicas colocadas em uma linha contínua que encontra as transações imediatas em um extremo e as relações hierárquicas (sociedades) no extremo oposto, com um campo híbrido intermediário.

Como se observa, a teoria econômica foca nos efeitos que estes contratos apresentam em relação à conduta dos agentes econômicos. Especialmente no que se refere aos incentivos para que eles cooperem ao longo do tempo⁵²⁶.

⁵²³ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 52.

⁵²⁴ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 196-197.

⁵²⁵ “Um “contrato clássico” seria classificado como se referindo a relações de mercado. Em tais contratos, cláusulas formais especificam muitas características das transações em jogo, com a identidade das partes sendo irrelevante, e com transações altamente monetizadas. Em contraste, forbearance seria a lei dos contratos implícitos das organizações formais. Aqui a hierarquia está no centro da adaptabilidade e opera por meio de fiat, agindo como “seu próprio tribunal de última instância” (Williamson, 1996a: 98). Entre esses dois tipos de contratos, os “contratos neoclássicos” seriam a característica das formas híbridas. [...]” GRASSI, Robson Antonio. Williamson e ‘formas híbridas’: uma proposta de redefinição do debate. **Economia e sociedade**, Campinas, v. 12, n. 1(20), p. 43-64, jan./jun. 2003. p. 47.

⁵²⁶ “[...] A noção de cooperação interfirmas, por outro lado, aparece na literatura especializada como sendo relacionada aos importantes desdobramentos acima mencionados que o fenômeno da colaboração entre empresas tem apresentado nas últimas décadas. Porém, não pode deixar de ser ressaltado que, no contexto dessa literatura teórica, é a noção de formas híbridas que apresenta algumas das mais importantes contribuições para o entendimento da coordenação dos arranjos cooperativos. Ou seja, no debate sobre cooperação interfirmas, a noção de formas híbridas tem um importante papel a desempenhar, relativo a uma característica que faz parte da essência de tais arranjos. [...]”. GRASSI, Robson Antonio. Williamson e ‘formas híbridas’: uma proposta de redefinição do debate. **Economia e sociedade**, Campinas, v. 12, n. 1(20), p. 43-64, jan./jun. 2003. p. 45.

De outro lado, a interpretação jurídica destas três qualificações foca mais no período e intensidade do vínculo que geram entre as partes, ponderando o grau de liberdade futura que elas possuem dentro dos arranjos livremente constituídos.

É salientar que qualificação dos modelos contratuais com base nas formas de governança postuladas pela economia institucional não correspondem ao regime jurídico ou ao tipo normativo dos contratos. Antes, a qualificação dos contratos como imediatos, híbridos e societários atende às relações sociais e econômicas típicas que embasam as operações empresariais. Assim, os modelos econômicos de governança somente poderão ser considerados tipos sociais (ou extralegais) de contratos.

3.4 TIPOS CONTRATUAIS E VINCULAÇÃO FUTURA DAS PARTES: AS FRONTEIRAS ENTRE A COOPERAÇÃO ECONÔMICA E A ORGANIZAÇÃO

Os referenciais da Nova Economia Institucional permitem a compreensão das relações entre os agentes econômicos sob a perspectiva de diversas formas de governança. Essas formas de governança dependem da intenção das partes de se organizarem e cooperarem de forma mais ou menos hierarquizada. Nesse tópico os tipos contratuais que apresentam os efeitos da comunhão unitária são analisados com base nesse enfoque.

3.4.1 A hierarquia como efeito típico do negócio jurídico plurilateral organizativo: contratos societários formam estruturas organizacionais a partir do índice de tipos legais

Na literatura econômica a governança hierárquica é definida por controles administrativos fortes e a ausência de incentivos. Esta forma de governança funciona melhor em situações em que as partes não conseguem se adaptar de forma autônoma ou quando há elevada proporção de ativos específicos. Esta forma de governança elimina a necessidade de realizar trocas e barganhas, que dão lugar a controles administrativos e a relações de autoridade⁵²⁷.

O elemento central das sociedades é a organização. Este elemento está no suporte fático do contrato social. A organização em torno de um fim é o que distingue a sociedade de outras formas de cooperação. O instituto da sociedade, de outro lado,

⁵²⁷ FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: Instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 102.

cria estruturas hierárquicas, isto é, regras e eficácias peculiares que tem como função disciplinar a atuação de formas de decisão dos sócios⁵²⁸.

Como aponta Filipe Cassiano dos Santos, o contrato social na atualidade tende a ser mais um centro de imputação e definição dos interesses dos sócios, necessitando de uma maior maleabilidade nas estruturas jurídicas:

Outro factor aponta, ainda, no mesmo sentido. A percepção da sociedade como associação para o exercício (em comum, pelos sócios) de uma empresa e do contrato de sociedade como um contrato celebrado (explicitamente) para um tal fim, se já historicamente aparece desajustada, não se compatibiliza também com a mais recente evolução do processo económico, a qual agudiza a evolução que logo nos primórdios do fenómeno societário se foi vislumbrando. A actividade económica contemporânea caracteriza-se por uma exacerbação da tendência para a actuação em cooperação concorrente, o que induz constantes mutações e adaptações. As estruturas dispostas para a actuação económica têm, assim, que se adaptar à constante mutação e inovação dos próprios processos produtivos. Daqui decorre uma alteração de facto dos modos de exercício e do próprio exercício, bem como, em consequência de uma tendência para que as estruturas jurídicas se formalizem, de modo a adaptarem-se elas próprias às mutações dos projectos que servem. Por isto o contracto de sociedade tende a ser cada vez mais genérico, no que concerne á definição e relevo de um projecto económico, afastando-se da empresa e cingindo-se à estruturação de um centro de definição e imputação de atividades económicas, para o qual se remete, na esfera de interesses mobilizada pelo contrato, e com os mecanismos de definição e gestão de interesses que ele prevê, a concretização, em cada momento, conforme as conveniências, daquilo que, à partida, é relativamente indefinido⁵²⁹.

Por esta razão a organização é um dos principais e mais proeminentes efeitos do contrato societário. Como explica Calixto Salomão Filho:

Na verdade, o que ocorre através da organização é a criação de um centro autônomo de decisões. A organização nada mais é que um *Aparat* capaz de assegurar (ou de fazer presumir) a tomada autônoma de decisões. Vistas sob esta perspectiva, a atribuição de capacidades ao ente personificado e a consequente caracterização da pessoa jurídica como centro de imputação de direitos e deveres são mera decorrência do reconhecimento da organização⁵³⁰.

⁵²⁸ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 52.

⁵²⁹ SANTOS, Filipe Cassiano dos. **Estrutura associativa e participação societária capitalística: contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalísticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 119-120.

⁵³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 4. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 50.

O ponto central de contato entre a sociedade e a comunhão já foi explorado anteriormente. A comunhão unitária é uma eficácia (regime) dos tipos societários não personificados (sociedade em comum). A comunhão, nestes casos, convive com estruturas hierárquicas que disciplinam a atuação e formação de vontade dos sócios.

O art. 986 impõe a aplicação subsidiária da sociedade simples às sociedades em comum. De outro lado, as regras subsidiárias aplicáveis à sociedade em comum impõem a este tipo regras cogentes de divisão em quotas, administração, participação e formação de vontade dos sócios.

Como salienta Tullio Ascarelli, os contratos plurilaterais visam a constituição de uma organização: “Os contratos plurilaterais se prendem, assim, à constituição de uma organização, em que há a possibilidade de deliberar por maioria, o que, ao contrário, é inadmissível nos demais contratos”⁵³¹.

Este elemento “organizativo” na comunhão unitária pode ser disperso e ou virtualmente inexistente. Como explica Tullio Ascarelli:

Há casos, ao contrário, em que o fim comum é alcançado através da atividade desenvolvida por cada uma das partes pessoalmente, no seu interesse individual, desde que observadas as cláusulas do contrato; as ‘partes’ não entram, então, em relação com terceiros; não há representante, não há gerente comum. Assim, quando vários comerciantes decidem dividir, anualmente, entre si, todos os seus lucros ou decidem vender, cada qual, a respectiva mercadoria de acordo com condições prefixadas. Nessa hipótese, há, no contrato, uma pluralidade de partes e há um fim comum. A consecução deste, porém, não requer ajam, as partes, coletivamente; resulta apenas da circunstância de observar, cada parte, embora contratado individualmente com terceiros, as cláusulas fixadas no contrato plurilateral⁵³².

Assim, o elemento distintivo da eficácia interna e externa do contrato plurilateral são os mecanismos de hierarquia próprios das sociedades. A comunhão unitária dependerá desta lógica. Ela pode conviver com os mecanismos hierárquicos somente até certo ponto: até a personificação⁵³³. Após a personificação a comunhão desaparece, pois o patrimônio passa a ter novo titular singular na pessoa jurídica.

⁵³¹ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 423.

⁵³² ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 409-410.

⁵³³ “No segundo momento, marcado pela personificação do novo sujeito de direito, aquele patrimônio separado se converte em patrimônio autônomo, submetido à titularidade única e exclusiva da pessoa jurídica”. MARCONDES, Sylvio. **Questões de direito mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 248.

Essa solução jurídica potencializa o elemento de cooperação, já que os bens em geral obtidos no mercado serão internalizados na estrutura e atividade societária. No que tange à esfera patrimonial da empresa, há uma completa substituição do sujeito titular dos bens, que passa a ser a pessoa jurídica. Encontramos aqui um dos extremos dos modelos de governança.

3.4.2 A comunhão unitária como mecanismo de cooperação econômica sem criação de estruturas hierárquicas: as figuras típicas e atípicas da comunhão unitária

A comunhão unitária também pode surgir em decorrência de contratos atípicos. A comunhão opera seus efeitos em contratos atípicos que envolvem a cooperação das partes em torno de uma finalidade comum que, entretanto, não é um fim social⁵³⁴. O fim, neste caso, é aquele que instrumentaliza a especialização (afetação) do patrimônio.

Trata-se de uma governança híbrida de relações econômicas. Diferentemente dos contratos societários, nos contratos atípicos não existem estruturas hierárquicas que orientam verticalmente as interações das partes. Existem, pelo contrário, estruturas horizontais em que os interesses das partes convivem com a finalidade do patrimônio especial. O elemento chave desta interação é a cooperação.

As hipóteses, neste caso, ocorrem quando as pessoas voluntariamente unem bens em um patrimônio especial para cooperarem em torno de um fim, estipulando os termos desta cooperação em um instrumento contratual, sem recurso a uma forma societária típica. Como explica Carlos Ferreira de Almeida:

A função econômico-social de cooperação, como elemento comum ao conteúdo de vários tipos contratuais, caracteriza-se pela interseção de dois fatores: a bilateralidade de custos e benefícios; a coincidência da finalidade típica dos contraentes entre si e com a finalidade global do contrato. Os custos ou sacrifícios consistem ora em contribuições para um fundo comum ou para o patrimônio da outra parte (em dinheiro, noutras coisas ou em serviços) ora na assunção (liberatória) de obrigações, podendo umas e outras ser iguais ou diferentes na natureza e quantidade. [...] ⁵³⁵.

⁵³⁴ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 445.

⁵³⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos III: contratos de liberalidade, de cooperação e de risco**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 78.

Como se observa, a comunhão unitária não se liberta do recurso a uma finalidade (fim), mas também não se confunde com a organização hierárquica das sociedades. Ao contrato dos tipos societários, a comunhão unitária criada a partir de contratos atípicos visa dar às partes um elevado grau de autonomia em sua conduta futura, disciplinando apenas as regras básicas para a proteção do patrimônio comum e seu valor (especialmente pela sub-rogação real e administração consensual).

Como apontado anteriormente, a leitura jurídica dos efeitos destes modelos de governança é mais focada no grau de liberdade futura entre as partes. Como demonstra Paula Forgioni, os contratos colaborativos (híbridos) se caracterizam por não se esgotarem de forma instantânea, serem em geral de prazo indeterminado e voltados à disciplina de questões futuras.

Na definição da autora, os contratos colaborativos tenderiam a se estender no tempo, já que seu aspecto associativo implica que seu esgotamento não será imediato:

Os contratos colaborativos tendem a se estender no tempo; seu aspecto associativo faz com que a relação deles decorrente não se destine ao esgotamento imediato, como ocorre nos contratos de intercâmbio. Costumam, assim, ser celebrados por prazo indeterminado.

Neles, busca-se mais a disciplina de questões futuras. Ou seja, o negócio não visa a estabelecer apenas regras sobre trocas, mas balizar a relação entre as partes. No instrumento do contrato empregam-se termos amplos, sem significado claramente definido no momento da celebração. Lançam-se as bases para um futuro comportamento colaborativo, indo além do mero estabelecimento de deveres e obrigações específicos.

Por fim, como explicado, as áleas das partes são interdependentes, mas comuns⁵³⁶.

Estes atributos encontram um importante paralelo a teoria de Tullio Ascarelli, que desenhou a categoria dos contratos plurilaterais normativos, que serviriam exatamente para atenderem estas situações intermediárias que fogem estritamente da lógica das sociedades, mas ainda representam um “compromisso recíproco” entre as partes⁵³⁷.

Ascarelli aponta três hipóteses de contratos plurilaterais normativos. A primeira hipótese seria o caso seria quando vários sujeitos acordassem juros,

⁵³⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 196-197.

⁵³⁷ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 439.

condições de vendas e outras limitações entre si. A segunda hipótese seria no sindicato de acionistas, quando todos combinam uma mesma diretriz a ser tomada na assembleia, mas atuam individualmente. A terceira hipótese seria própria dos cartéis, quando os sujeitos acordam limitações em relação aos seus preços, ao território de vendas e determinadas práticas de concorrência⁵³⁸.

O autor explica os efeitos de cada qual destas hipóteses, apontando o elemento comum da cooperação entre os agentes:

Com efeito, na sociedade, os vários sócios querem “cooperar” pondo em comum os próprios bens ou o próprio trabalho; na primeira das hipóteses, distinguidas sub c, as partes cooperam, mas apenas regulando as cláusulas das suas relações recíprocas futuras; na segunda cooperam, mas apenas estabelecendo uma diretriz única de todos para com a sociedade; na terceira apenas estabelecendo uma diretriz para com o mercado⁵³⁹.

Como se observa, esta distinção também leva em conta as várias modalidades de interação entre os agentes, se realizadas internamente à sociedade, difusamente no mercado ou em uma lógica híbrida que vincula as partes de forma não hierárquica. Essas interações não hierárquicas são mecanismos de cooperação econômica entre as partes.

Carlos Ferreira de Almeida aponta que os contratos de cooperação se distinguem pela convivência entre os interesses pessoais das partes e a finalidade da relação contratual:

Nos contratos de cooperação, a coincidência de finalidades, associada à bilateralidade, convive com a eventual diferença de interesses pessoais. Para resolver esta antinomia, é indispensável que o contrato programe um fim comum, ao serviço do qual prefigura uma atividade comum ou coordenada entre as partes. Alguns tipos contratuais estabelecem uma organização e têm como efeito a criação de uma pessoa jurídica ou de um patrimônio autônomo. Por isso, os contratos de cooperação são especialmente aptos para associarem mais do que dois contraentes⁵⁴⁰.

A postura do direito quanto aos modelos de governança da nova economia institucional foca-se principalmente no grau de vinculação e cooperação entre as

⁵³⁸ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 440.

⁵³⁹ ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 445.

⁵⁴⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos III: contratos de liberalidade, de cooperação e de risco**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 79.

partes ao longo do tempo. Estes arranjos híbridos são especialmente encontrados em relações contratuais atípicas, tendo em vista que fogem à lógica hierárquica das sociedades e não encontram tipos legais expressos com frequência na legislação pátria.

3.4.3 A insuficiência de regras com previsão legal para afetação (especificação) de patrimônio comum e de tipos legais de contratos de colaboração

José Lamartine de Oliveira, em sua obra seminal “A dupla crise da pessoa jurídica”⁵⁴¹ demonstra que a pessoa jurídica no ordenamento brasileiro passa por duas crises. A primeira crise ele denomina de “crise do sistema”, é representada pela orientação monista e minimalista no sistema de reconhecimento das pessoas jurídicas do direito brasileiro⁵⁴².

Estas peculiaridades da forma de reconhecimento (personificação) dos entes coletivos deixavam em verdadeiro limbo jurídico uma série de agrupamentos sociais que tinham características que justificavam sua personificação⁵⁴³. Após constatar que o sistema jurídico não estava adequadamente conferindo tutela jurídica a uma série de relações sociais, José Lamartine conclui que “Quando a norma não mais qualifica adequadamente o ser que regula, o sistema entra em crise”⁵⁴⁴.

Quando se trata da comunhão unitária percebe-se fenômeno muito semelhante ao observado por José Lamartine em relação às pessoas jurídicas. Os tipos societários que tem como efeito a comunhão unitária são escassos e taxativos. Os contratos atípicos que podem ter entre seus efeitos a comunhão unitária, mas a atipicidade traz uma série de desafios, já que representam modelos de governança híbridos, cuja regulamentação é escassa e depende da autonomia das partes.

Os modelos de governança híbridos desenvolvem mecanismos que se afastam das formas tradicionais do intercâmbio e da sociedade. Por esta razão

⁵⁴¹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

⁵⁴² LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, n. 46, Curitiba: SER/UFPR, 2007. p. 135.

⁵⁴³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, n. 46, Curitiba: SER/UFPR, 2007. p. 136.

⁵⁴⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 607.

frequentemente estes modelos híbridos inserem-se no campo dos contratos legalmente atípicos, que não encontram previsão e regime jurídico previstos em lei.

O vácuo normativo que existe em relação às formas híbridas de governança encontra uma importante colocação de Paula Forgioni, que explica que a doutrina por muito tempo se descuidou da investigação e construção de modelos teóricos dos contratos de colaboração⁵⁴⁵:

A doutrina se tem descurado dos contratos de colaboração: a literatura a seu respeito é avara. Há referências esparsas ao tema, normalmente ligadas aos contratos de longa duração ou aos contratos-quadro, referidos pela doutrina francesa. Tudo faz crer que, porque no passado a utilização desse tipo de negócio era reduzida, não se costumava dedicar maior atenção a seu estudo⁵⁴⁶.

Assim, há uma lacuna legislativa e doutrinária acerca dos contratos atípicos que se estruturam com figuras de governança híbrida. Esta lacuna toca especialmente a comunhão unitária, que encontra poucos enunciados normativos que possam dar suporte aos seus efeitos.

A comunhão unitária, além disto, se trata de uma relação jurídica derivada de um patrimônio especial (afetado). Isto dificulta ainda mais o uso da comunhão unitária, pois seus efeitos perante terceiros poderão ser mitigados ou mesmo desconsiderados na ausência de regras legais que expressamente prevejam a especialização do patrimônio dos sujeitos em um único patrimônio comum.

Assim explica Milena Donato Oliva o fundamento da taxatividade da especialização patrimonial:

Por tal razão, a autonomia privada não pode promover a separação jurídica de direitos, com todas as consequências daí advindas, sob pena de interferir nos interesses de terceiros, alheios ao ato de destinação das situações ativas levado a cabo pelo titular, que terão de se sujeitar, *tout court*, ao novo regime criado unilateralmente por este. Só a lei pode criar regime jurídico específico para determinado conjunto ideal de direitos, ao ponto de tornar possível a

⁵⁴⁵ Esta tendência se reverteu bastante recentemente, havendo a partir do ano de 2016 a publicação de uma série de livros que estudam a tutela jurídica da cooperação e os contratos híbridos no direito empresarial. Citam-se exemplificativamente: ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos III: contratos de liberalidade, de cooperação e de risco**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017; SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **Contratos de longo prazo e dever de cooperação**. Coimbra: Almedina, 2016; PEREIRA, Jorge Brito. **Contratos de organização comercial no direito angolano: a conta em participação, o consórcio e o agrupamento de empresas**. Coimbra: Almedina, 2004.

⁵⁴⁶ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 195.

invalidação de certos atos, bem como delimitar os credores que deles poderão se satisfazer por ocasião da execução de seus créditos⁵⁴⁷.

Esta lacuna legislativa parece ser peculiar ao direito brasileiro. Em outros ordenamentos se observam contratos típicos que preveem exatamente a união de patrimônios entre dois sujeitos para uma finalidade empresarial sem a criação de personalidade jurídica ou outros mecanismos hierárquicos. Estes tipos contratuais em geral se denominam de parceria.

Em breve comparação entre institutos, observados que o direito alemão, por exemplo, possui uma figura típica de parceria, que institui um regime de comunhão unitária entre os sujeitos:

A parceria somente tem uma personalidade legal parcial, e, portanto, não tem organização corporativa. Os parceiros são pessoalmente, conjuntamente e ilimitadamente responsáveis pelos credores das parcerias [...]

Os bens pertencem aos parceiros na propriedade conjunta (*Gesamthandsgemeinschaft*, § 719 BGB). O princípio da propriedade conjunta significa a titularidade de propriedade por duas ou mais pessoas, não por quotas distintas, mas cada um com idênticos interesses na totalidade indivisa. Um bem pode ser transferido apenas com o consenso de todos os parceiros que pode ser conferido no contrato de parceria (por exemplo, autorizando a administração ou disposição dos bens) ou em reunião geral entre os parceiros⁵⁴⁸.

A criação de um tipo geral que contenha os efeitos da comunhão unitária, tal como o contrato de parceria, seria fundamental para que o ordenamento apresentasse um regime padrão (e não dependente de tipos fechados) que pudesse ser aplicado aos inúmeros contratos atípicos que realizem operações que envolvam a especialização e titularidade comum de um patrimônio.

Na ausência de contratos típicos que prevejam a criação de comunhão unitária, o direito privado brasileiro e, por consequência, a economia nacional, não encontram instrumentos jurídicos seguros para criar estruturas de governança

⁵⁴⁷ OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 275-276.

⁵⁴⁸ "The partnership has only a partial legal personality and, hence, no corporate organization. The partners are personally, jointly and severally, liable to the partnership's creditors. [...] The assets belong to the partners in joint ownership (*Gesamthandsgemeinschaft*, § 719 BGB). The principle of joint ownership means the holding of property by two or more persons not in distinct shares but jointly, each having an identical interest in the undivided whole. An asset may be transferred only with the consent of all partners which can be given either in the partnership agreement (e.g. by authorizing the management to dispose of assets) or in a general meeting of the partners" REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim. **Introduction to German Law**. Munique: Verlag C.H. Beck, 2005. p. 171.

híbridas para a cooperação econômica que envolva a conjugação de patrimônios especiais para uma finalidade específica.

Oliver Williamson percebeu este exato dilema quando propôs a ideia dos contratos híbridos, ponderando que muitas formas potenciais de organizações nunca surgem ou se dissolvem com rapidez porque apresentam atributos inconsistentes:

Em paralelo à visão de von Clausewitz (1980) sobre a guerra, eu afirmo que a hierarquia não é meramente um ato contratual, mas também é um instrumento contratual, uma continuação de relações de mercado por outros meios. O desafio para a análise contratual comparativa é diferenciar e explicar os meios diferentes. Como desenvolvido abaixo, cada forma viável de governança – mercado, híbrida e hierárquica – é definida por uma síndrome de atributos que apresentam uma relação de suporte entre si. Muitas formas hipotéticas de organização nunca se manifestam, ou rapidamente desaparecem, porque elas unem elementos inconsistentes.⁵⁴⁹

A defesa da criação de novos tipos legais trata-se mais do que imputar ao plano da política legislativa a responsabilidade pela criação de um âmbito próprio de operação da comunhão unitária. Antes, é potencializar os efeitos de uma figura jurídica presente em nosso ordenamento para solucionar problemas econômicos que em geral não vem ganhando a roupagem jurídica adequada.

Um dos principais exemplos seriam os Fundos de Investimento, que normativamente foram estruturados com referência aos efeitos do “condomínio”, mas que não apresentam de fato os efeitos jurídicos desse instituto.

Sem a previsão legal de contratos típicos que tenham como efeitos a comunhão unitária não pode desempenhar uma proteção à cooperação em arranjos econômicos híbridos, deixando sem a devida proteção jurídica uma importante forma de governança presente na economia.

⁵⁴⁹ “In parallel with von Clausewitz’s (1980) view on war, I maintain that hierarchy is not merely a contractual act but is also a contractual instrument, a continuation of market relations by other means. The challenge to comparative contractual analysis is to discern and explicate the different means. As developed below, each viable form of governance – market, hybrid, and hierarchy – is defined by a syndrome of attributes that bear a supporting relation to one another. Many hypothetical forms of organization never arise, or quickly die out, because they combine inconsistent features” WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 95.

CONCLUSÃO

A comunhão unitária é definida pela titularidade subjetiva plural de um patrimônio. Em sua essência esse instituto representa um mecanismo de tutela da pluralidade pelo direito privado. Seus efeitos permitem que uma pluralidade de sujeitos possa titularizar um patrimônio, que por sua vez também é composto de uma pluralidade de relações jurídicas.

De outro lado, como se demonstrou no primeiro capítulo, o direito privado nem sempre teve uma harmônica convivência com a ideia de pluralidade. Na formação do direito e do pensamento jurídico no medievo a ideia de pluralidade foi fortemente influenciada pelo debate teológico e filosófico sobre os universais. O nominalismo, em sua essência, negava a possibilidade de existência de coisas coletivas.

Essa tendência de rejeição à pluralidade se agravou na formação do pensamento jurídico moderno. A partir da polêmica medieval sobre os universais, associada ao individualismo que surgia com a Revolução Francesa, o direito privado acabou por se centrar em institutos que necessitavam do indivíduo em seu centro.

As codificações modernas, em especial o Código Civil Francês deu mais uma característica marcante ao individualismo: a associação íntima aos direitos reais e à propriedade, em especial a de cunho imobiliário. Essa marcante associação da figura do sujeito de direito à propriedade imobiliária, ao individualismo proprietário, reduziu a possibilidade de se contemplar a pluralidade e seus efeitos no direito privado.

Um instituto jurídico acabou fugindo a esse perfil, demonstrando-se um dos poucos instrumentos de tutela da pluralidade. Esse instituto é a universalidade. Surgido a partir das *universitas* do direito romano, as universalidades terminaram por assumir a função nos sistemas jurídicos modernos de permitir um tratamento jurídico uniforme a uma pluralidade de bens e direitos.

A universalidade ganha particular importância no direito brasileiro a partir da promulgação do Código Civil de 2002. O Código fez uma opção legislativa por adotar a distinção doutrinária entre universalidade de fato e universalidade de direito, conferindo a essa segunda categoria a função de tutelar “complexo(s) de relações jurídicas”.

Esse regime jurídico inovador abriu uma gama de possibilidades de se criarem complexos de relações jurídicas para a finalidade de conferir a eles um tratamento jurídico unitário. Essas relações jurídicas, que devem ser de cunho patrimonial,

expressam a possibilidade de criação de patrimônios separados, que poderão ser titularizados por um sujeito ou por uma pluralidade de sujeitos. Ainda, para que exista a comunhão, esses direitos alinhados em complexos de relações jurídicas, não podem ser divisíveis ou individualizáveis a ponto de reduzirem sua titularidade a um só sujeito.

Trata-se de um dos “pontos de entrada” da pluralidade no direito privado, que permite inclusive a pluralidade subjetiva que define a comunhão.

Diante desse ponto inicial, a partir da compreensão da universalidade de direito como a tutela de um complexo de relações jurídicas, adotou-se a Teoria do Fato Jurídico como referencial teórico. Com base nesse referencial pode-se observar que as relações jurídicas são titularizadas pelo sujeito de direito, orbitando-o como diferentes esferas jurídicas, que perpassam desde os direitos referentes a coisas, bens, ao patrimônio ativo e às situações jurídicas simples.

Com base na Teoria do Fato Jurídico demonstrou-se a diferença entre a comunhão simples e a comunhão unitária. Esses institutos não se confundem, pois representam formas diferentes de titularidade sobre direitos.

Na comunhão simples a titularidade é plural por conta da indivisão do bem, no sentido corpóreo. Na comunhão simples existem diversos direitos em relação ao mesmo bem.

Já a comunhão unitária é a titularidade plural sobre um patrimônio, isso é, sobre um complexo de direitos. Na comunhão unitária existe um só direito que é comungado pelos titulares, em relação ao patrimônio.

Entre os efeitos padrões da comunhão unitária temos a impossibilidade de divisão do patrimônio sem a extinção da comunhão e a sub-rogação real, que representa a obrigação de compensar qualquer subtração aos bens quem compõem o patrimônio caso sejam subtraídos do acervo.

A comunhão unitária, dessa forma, é dependente do conceito de patrimônio, em especial de patrimônio separado (ou especial). É a figura do patrimônio que confere o sentido à comunhão, já que o complexo de relações jurídicas que serão titularizados por uma pluralidade de indivíduos repercutirão necessariamente nas esferas jurídicas de cada qual.

Com base nesse percurso teórico e conceitual, a investigação que se empreendeu buscou pensar quais são as formas de se criar uma comunhão e qual a

sua função. O enfoque principal foi em relação ao direito empresarial e às relações econômicas.

Nesse enfoque, o primeiro instituto que se destaca é a sociedade em comum. Esse tipo societário foi legislativamente configurado para não gerar personalidade jurídica e para que o patrimônio social fosse mantido como especial em titularidade comum dos sócios. O tipo societário da sociedade em comum representa uma forma de “comunidade” unitária, na qual a comunhão substitui o elemento centralizador da personalidade jurídica.

De outro lado, a comunhão não se confunde com a sociedade. Ambas são polarizada em torno de uma finalidade. Mas na sociedade, a finalidade é necessária e instrumental, enquanto na comunhão a finalidade deriva da relação patrimonial subjacente. Por essa razão afirma-se que na sociedade o patrimônio serve à atividade econômica, e, na comunhão a estrutura serve à destinação econômica dos bens e seus frutos.

Fora do âmbito societário a comunhão unitária também encontra outras formas e contornos. Uma forma típica de comunhão reside nos fundos de investimento. Os fundos de investimento têm uma natureza jurídica complexa, e não há consenso doutrinário sobre sua natureza. De outro lado, sua estrutura aproxima-se muito da configuração da universalidade de direito conferida pelo Código Civil de 2002, pois são complexos de relações jurídicas titularizados em comum pelos investidores, mas, com regras especiais quanto ao seu uso e fruição.

Além das figuras típicas de comunhão, encontram-se também as figuras atípicas. Com base no pensamento tipológico observa-se que existem figuras que adotam os efeitos ou a estrutura da comunhão, mesmo que não apresentem uma completa identidade em relação a seus elementos. Ao contrário do pensamento conceitual, que exige uma ampla pertinência aos elementos, o pensamento tipológico permite uma gradação e analogia dos elementos em relação ao tipo.

No que diz respeito à comunhão unitária, temos que as figuras atípicas terão pertinência em relação à função que venham a desempenhar na economia. Por essa razão fez-se uso do referencial da Nova Economia Institucional, e das formas de governança para melhor compreender essa função econômica.

Identificam-se na Nova Economia Institucional três tipos de governança: a de mercado, a hierárquica e as híbridas. A governança hierárquica é própria das relações

societárias, nas quais há a criação de mecanismos hierárquicos que vinculam as partes. De outro lado, a forma de governança que melhor define a função das figuras atípicas da comunhão unitária é a governança híbrida.

A governança híbrida é intermediária entre a governança hierárquica e de mercado, e representa uma forma menos intensa de vinculação das partes. Dentro dessa funcionalidade encontra-se a potencialidade da comunhão unitária, que serve para vincular os sujeitos, de forma não hierárquica, em torno de uma finalidade que não reside na atividade, mas sim de forma mais intensa à destinação econômica dos bens e seus frutos.

A funcionalidade que se encontra mais protegida, nesse contexto, é a cooperação econômica, que vincula as partes a uma estrutura que une seus direitos indivisos em torno da finalidade comum de destinação econômica dos bens e seus frutos. Por essa razão a comunhão reside também nas figuras que a doutrina qualifica de contratos de cooperação.

Por fim, uma das mais importantes reflexões sobre a comunhão reside no fato que a doutrina faz poucas e imprecisas menções ao instituto. Isso se dá tanto por uma confusão teórica basilar (em relação ao condomínio), mas fundamentalmente pelo fato que a legislação não fornece figuras e efeitos típicos de comunhão unitária em nosso ordenamento, mantendo o instituto como uma lógica interna de muitos institutos.

De forma muito semelhante à “crise do reconhecimento” proposta por José Lamartine de Oliveira, a comunhão unitária permanece um instituto que não atinge suas potencialidades em parte pela insuficiência de figuras legalmente típicas que as disciplinem.

Por essa razão a importância de prestigiarem as formas de governança híbrida, em geral exercidas mediante figuras atípicas criadas por autonomia privada, que conferem os efeitos da comunhão unitária a inúmeras situações e relações econômicas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Contratos III: contratos de liberalidade, de cooperação e de risco**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

ALPA, Guido. **Compendio del nuovo diritto privato**. Torino: UTET, 1985.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O elemento subjetivo da relação jurídica: pessoa física, pessoa jurídica e entes não-personificados. **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro, n. 5, p. 23-49, jan./mar., 2001.

ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. **Codificação e não codificação: do paradigma moderno ao direito de empresa**. 2014. 139 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 27/03/2014. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/35346>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. V. 2.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARNAUD, Andre Jean. **Les origines doctrinales du code civil français**. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1969.

ARNÒ, Carlo. **Il contratto di società**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1938.

ASCARELLI, Tullio. **Corso di diritto commerciale: introduzione e teoria dell'impresa**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1962.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 2001.

ASCENSÃO, Jose de Oliveira. **A tipicidade dos direitos reais**. Lisboa: Petrony, 1968.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil – Teoria Geral: Relações e situações jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. V. 3.

AUBRY, Charles Marie Barbe Antoine; RAU, Charles Frederic; BARTIN, Étienne. **Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae**. 5e. éd. rev. Paris: Marchal et Billard, 1897-1922.

AXELROD, Robert. **The complexity of cooperation: agent-based models of competition and collaboration**. Princeton: Princeton University Press, 1997.

AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation: Revised Edition**. Cambridge: Basic Books, 2006. Ebook.

BARBABESCO, Marcelo. **Compropriedade e sociedade**: estrutura, segurança e autonomia privada. São Paulo: Almedina Brasil, 2017.

BARRETO FILHO, Oscar. **Regime jurídico das sociedades de investimentos**. São Paulo: Max Limonad, 1956.

BARRETO FILHO, Oscar. **Teoria do estabelecimento comercial**: fundo de comércio ou fazenda mercantil. São Paulo: Max Limonad, 1969.

BEDUSCHI, Carlo. **Tipicità e diritto**: contributo allo studio della razionalità giuridica. Padova: CEDAM, 1992.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. In: FUJITA, Jorge Shiguemitsu. et. al. 3. ed. **Comentários ao código civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BONFANTE, Pietro. **Corso di diritto romano**: La proprietà, parte I. Milano: Dott. A Giuffrè editore, 1966. v.2.

BORGES, Florinda Figueiredo. Os fundos de investimento: reflexões sobre a sua natureza jurídica. In: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes. (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BULGARELLI, Waldir. **O novo direito empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas**. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

CAPATANI, Márcio Ferro. Os contratos associativos. In: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes. (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Usucapione della proprietà industriale**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1938.

CICERO, Cristiano. **Della Comunione**: artt. 1100-1116. Milano: Giuffrè Editore, 2017.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. **Economica, New Series**, London, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937.

COELHO, Francisco Pereira. e OLIVEIRA, Guilherme de. **Curso de direito da família**. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2008. v.1.

COMPARATO, Fabio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4 ed Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COMRAPATO, Fábio Konder. SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito comercial**. 3. ed. revista, atualizada e aumentada. Coimbra: Almedina, 2012.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito das sociedades**: parte geral. 3. ed. ampliada e atualizada. Coimbra: Almedina, 2011. v. 1.

CORDEIRO, António Menezes. **O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial**. Coimbra: Almedina, 2000.

CÓRDOVA, Lizardo Taboada. La tipicidade em la teoria general del negocio juridico. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo. v.19. n.71. p.93-7. jan./mar. 1995.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: (uma análise do ensino do direito de propriedade). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CUNHA, Paulo. **Do patrimônio**. Lisboa: Minerva, 1934.

DELGADO, Jose Augusto. Reflexões sobre o mercado de valores mobiliários e fundos de investimento. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**. São Paulo. v.1. n.3. p.24-40. set./dez. 1998.

DINIZ, Gustavo Saad. Dependência econômica nos acordos verticais. **Revista de Direito Privado**. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 15, v. 59, p. 92-120, jul.-set., 2014.

DOTTO, Bruno di. **Negócios da companhia com ações de sua emissão**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-16032015-112719. Acesso em: 07 jun. 2018.

EINGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2008.

EISENBERG, Melvin A. Why There Is No Law of Relational Contracts. **Northwestern University Law Review**, v. 94, n. 3, p. 805-822, 1999.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de derecho civil**: parte general. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1943. v. 1.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FAGUNDES, João Paulo F. A. Os fundos de investimento em direitos creditórios à luz das alterações promovidas pela Instrução CVM 393. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo. v.42. n.132. p.96-105. out./dez. 2003.

FÉRES, Marcelo Andrade. **Sociedade em comum**: disciplina jurídica e institutos afins. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRARA, Francesco. **Le persone giuridiche**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1956.

FERRARA, Francesco. **Studi giuridici**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1954.

FERRARA, Francesco. **Teoria delle persone giuridiche**. 2.ed. Napoli: Eugenio Marghieri, 1923.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRI JR, Giuseppe. Soggettività giuridica e autonomia patrimoniale nei fondi comuni di investimento. **Rivista Telematica**. n. 3, 2015. Disponível em <<http://odc.seminabit.com/edizioni/2015/3/temi-e-dibattiti-dattualit%C3%A0/soggettivit%C3%A0-giuridica-e-autonomia-patrimoniale-nei-fondi-comuni-di-investimento/>>

FERRI, Giuseppe. **Manuale di Diritto commerciale**. 11. ed. Turim: UTET, 2001.

FERRI, Guisepppe. La società come contratto. In: **Studi in memoria di Francesco Ferrara**. Milano: Dott. A; Giuffrè Editore, 1943. v.1.

FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: Instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da; SZTAJN, Rachel. In: AZEVEDO, Álvaro Vilaça. (Coord.). **Código civil comentado**: direito de empresa. São Paulo: Atlas, 2008. v. 11.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **A sociedade em comum**. São Paulo: Malheiros, 2013.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa**. São Paulo: Malheiros, 2009.

FUNDOS de investimento: aspectos jurídicos, regulamentares e tributários. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

GAGGINI, Fernando Schwarz. **Fundos de investimento no Direito brasileiro.** São Paulo: LEUD, 2001.

GILISEN, John. **Introdução histórica ao direito.** 5. ed. Coimbra: Fundação Calouste Goulbenkian, 2008.

GOMES, Orlando. **Direitos reais.** 20.ed. atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osorio. **Direitos reais e autonomia da vontade:** o princípio da tipicidade dos direitos reais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRASSI, Robson Antonio. Williamson e 'formas híbridas': uma proposta de redefinição do debate. **Economia e sociedade**, Campinas, v. 12, n. 1(20), p. 43-64, jan./jun. 2003.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios.** Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito.** Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GUEDES, Vinícius Mancini. Sociedade e comunhão – os fundos de investimento. In: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes. (Coord.). **Direito societário contemporâneo I.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GUIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

HARIOU, Maurice. **Teoria dell'istituzione e della fondazione.** Milano: Giuffrè Editore, 1967.

HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil.** Barcelona: Editorial Ariel, 1987.

HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia:** síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito:** o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. reel. Coimbra: Almedina, 2009.

HILDEBRAND, Lucas Fajardo Nunes. Patrimônio, patrimônio separado ou especial, patrimônio autônomo. In: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes. (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

KALANSKY, Daniel. A sociedade em comum: um novo tipo societário? In: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes. (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

KLEIN, Vinícius. **A economia dos contratos na teoria microeconômica**: uma análise a partir do realismo crítico. 2013. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1884/35722>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil: Parte General**. 3. ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Trad. José Sousa de Brito e José Antônio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associações em sentido estrito no direito privado**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **As associações sem fins econômicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. O percurso e os percalços da teoria da pessoa jurídica na UFPR: da desconsideração da pessoa jurídica à pessoa jurídica desconsiderada. In: KROETZ, Maria Candida Pires Vieira do Amaral. **Direito Civil**: inventário teórico de um século. Curitiba: Kairós, 2012.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, n. 46, p. 119-150. Curitiba: SER/UFPR, 2007.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Sujeito de direito e capacidade: contribuição para uma revisão da teoria geral do direito civil à luz do pensamento de Marcos Bernardes de Mello. In: DIDDIER, Fredie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **Estudos em homenagem ao prof. Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, p. 1-37. v. 2, n. 8, out. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29104>>. Acesso em: 18 out. 2011.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MACKAAY, Ejan. History of law and economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of law and economics**. Vol. 1 – The history and methodology of law and economics. Massachusetts: Edgar Elar Publishing Inc., 2000.

MARCONDES, Sylvio. **Problemas de direito mercantil**. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARCONDES, Sylvio. **Questões de direito mercantil**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MATTEI, Ugo. A ascensão e queda do *law and economics*: um ensaio para o Juiz Guido Calabresi. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 3, n. 5, p. 441-475, jul./dez. 2011.

MEILLER, Eric. L'universalité de fait. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**. Paris. n.4. p.651-75. oct./déc. 2012.

MELLO, Marcos Bernardes de. Breves considerações acerca da crítica de Jan Peter Schmidt à concepção de Pontes de Miranda dos planos do mundo jurídico. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**. Belo Horizonte, ano 5, n. 12, p. 189-195, maio/ago. 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MESSINEO, Francesco. **Dottrina generale del contratto**: (artt. 1321-1469 Cod. Civ.) Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952.

MESSINEO, Francesco. **Manuale di diritto civile e commerciale**: (codici e norme complementari). Milano: Dott. A. Giuffrè, 1952. v. 1.

MESSINEO, Francesco. **Studi di diritto delle società**. Milano: Giuffrè Editore, 1949.

MESSINEO, Francesco. Verbete: "Contratto plurilaterale e contratto associativo" In: CALASSO, Francesco. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. v. X.

MESSINEO, Francesco. Rapport général sur les groupements et organismes sans personnalité juridique em droit civil. In: **Travaux de l'association Henri Capitant**. Paris: Jurisprudence Generale Dalloz, 1969.

MONCADA, L. Cabral de. **Lições de direito civil: Parte geral**. 2. ed. rev. at. Coimbra: Ed. Coimbra, 1954. V. 1.

MOZOS, Jose Luis de los. Aproximación a una teoria general del patrimonio. **Revista de Derecho Privado**. Madrid. p. 587-609. jul./ago. 1991.

NORONHA, Fernando. Patrimônios especiais: sem titular, autônomos e coletivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 747, p. 11-34, jan. 1998.

NORTH, Douglass C. Institutions and economic growth: an historical introduction. **World development**. Londres. p. 1319-1332, V. 17, n. 9, 1989.

NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance** (Political Economy of Institutions and Decisions). Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Ebook.

NORTH, Douglass C. Institutions. **Journal of economic perspectives**. Pittsburgh. p. 97-112. V. 5. n. 1. winter 1991.

NORTH, Douglass C. **Understanding the process of economic change**. Princeton: Princeton University Press, 2005.

OERTMANN, Paul. **Introducción al derecho civil**. Tradução 3.ed. alemã Luis Sancho Seral. Barcelona: Labor, 1933.

OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A teoria das pessoas no 'esboço' de Teixeira de Freitas Superação e permanência. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 11, n. 40, p. 7-65, abr./jun. 1987.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de. **Conceito da pessoa jurídica**. 186 p. Tese (livre docência) Universidade do Paraná, Faculdade de Direito. Curitiba, 1962.

OPPO, Giorgio. **Persona e famiglia**. Pádova: CEDAM, 1992. v. 5.

OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. Rio Grande do Sul: Editora Unisinos, 2004.

PARGENDLER, Mariana. Desenho contratual em perspectiva comparada: reflexões sobre a relação entre tipificação legal e inovação contratual. **Revista da faculdade de direito – UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 1, p. 219-245, jan.-abr. 2016.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Direito e economia no direito civil – o caso dos tribunais brasileiros. In: POMPEU, Ivan Guimarães et al. (Org.). **Estudos sobre negócios e contratos**. São Paulo: Almedina, 2017.

PENTEADO JUNIOR, Cassio Martins C. A afetação do patrimônio como exceção ao princípio de sua universalidade: conteúdo jurídico e efeitos. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo. v.5. n.16. p.102-11. abr./jun. 2002.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **A nova tipologia do contrato**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 281, p. 107-132, jan./mar. 1983.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Tendências atuais do direito civil**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 247, n. 853/854/855, p. 60-72, jul./set. 1974.

PEREIRA, Cássio Frederico Gonçalves e Marinho. **A comunhão e o problema dogmático do patrimônio coletivo** – Um estudo à luz do patrimônio comum dos cônjuges, da herança e da sociedade em comum. 165 f. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

PEREIRA, Jorge Brito. **Contratos de organização comercial no direito angolano: a conta em participação, o consórcio e o agrupamento de empresas**. Coimbra: Almedina, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. atualizada. Coimbra: Coimbra editora, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Systema de sciencia positiva do direito: introdução à sciencia do direito**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1922. V. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 1-5.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral – Eficácia Jurídica, direitos, ações**. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 5.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte especial – dissolução da sociedade conjugal casamento**. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. V. 8.

RAMIRES, Rogerio. **A sociedade em conta de participação no direito brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2014.

RANGEL, Rafael Calmon. **Partilha de bens: na separação, no divórcio e na dissolução da união estável**. São Paulo: Saraiva, 2016.

RASCIO, Rafaelle. Verbete: “Universalità patrimonili”. In: AZARA, Antonio. e EULA, Ernesto. **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Turim, Vione Tipografico, 1957. v. XX. p. 95.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. **Discurso de recepção da Academia Brasileira de Letras**. 1979. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/academicos/pontes-de-miranda/discurso-de-recepcao>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

REIMANN, Mathias; ZEKOLL, Joachim. **Introduction to German Law**. Munique: Verlag C.H. Beck, 2005.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., at., amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Introdução ao direito e parte geral do código civil**. 8. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é 'direito e economia'? **Direito Unifacs – Debate Virtual**. n. 160, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793>>.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Estabelecimento, uma universalidade de fato ou de direito? **Revista do Advogado**. São Paulo. v.23. n.71. p.73-9. ago. 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. "Societas" com relevância externa e personalidade jurídica. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 81, p. 66-78, jan./mar., 1991.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 4. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

SANTORO-PASSARELLI, F. **Teoria geral do direito civil**. Trad. Manuel de Alarcão. Coimbra: Atlântida Editorial, 1967.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Saggi di diritto civile**. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961.

SANTOS, Filipe Cassiano dos. **Estrutura associativa e participação societária capitalística: contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalísticas**. Coimbra: Coimbra, 2006.

SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – Com especial referência à tricotomia ‘existência, validade e eficácia do negócio jurídico’. **Revista Fórum de Direito Civil – RFDC**, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 9-32, jan./abr., 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **Contratos de longo prazo e dever de cooperação**. Coimbra: Almedina, 2016.

SCOTT, W. Richard. **Organizations: rational, natural, and open systems**. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1981.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 5-6.

SILVA, Leonardo Toledo da. **Contrato de aliança: projetos colaborativos em infraestrutura e construção**. São Paulo: Almedina, 2017.

SILVA, Rodrigo Alves da. Os fundos de investimentos financeiro à luz do código de defesa do consumidor: proteção jurídica no investidor. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. v.4. n.13. p.187-249. jan./mar. 2003.

STUBER, Walter Douglas. A nova regulamentação dos fundos de investimento. **Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais**. São Paulo. v.8. n.27. p.306-27. jan./mar. 2005.

SZTAJN, Rachel. Associações e sociedades. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 128, p. 15-26, out./dez., 2002.

SZTAJN, Rachel. Codificação, descodificação, recodificação: a empresa no código civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 143, p. 11-20, jul./set., 2006.

SZTAJN, Rachel. **Contrato de sociedade e formas societárias**. São Paulo: Saraiva, 1989.

SZTAJN, Rachel. Terá a personificação das sociedades função econômica? **Revista da faculdade de direito da USP**, São Paulo, n. 100, p. 63-77, jan./dez., 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1: Lei de Introdução e Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Gen, 2015. V. 1.

TELLECHEA, Rodrigo. **Autonomia privada no direito societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____. **Temas de direito civil**. 3. ed. atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEUBNER, Gunther. Double Bind: Hybrid Arrangements as De-Paradoxifiers: Comment. **Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft**, vol. 152, no. 1, 1996, pp. 59–64. JSTOR, www.jstor.org/stable/40751906.

TIMM, Luciano Benetti. 'Descodificação', constitucionalização e reprivatização no direito privado: o código civil ainda é útil? **RIDB**, a. 1, n. 10, Lisboa, 2012. Disponível em: <<https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012>>

TOMASETTI JR, Alcides. In: **Comentários à lei de locação de imóveis urbanos**. Coord. Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1992.

TRIMARCHI, Mario. Verbete: "Universalità di Cose" In: CALASSO, Francesco. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1962. v. XLV.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Contratos atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria geral do direito civil**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

VILLELA, João Baptista. Revisitando as universalidades. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles**. Org. António Menezes de Cordeiro, et. all. Coimbra: Almedina, 2003. v. 4.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

VILLEY, Michel. **Leçons d'histoire de la philosophie du droit**. 9. ed. Paris: Dalloz, 1962.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VON TUHR, Andreas. **Derecho Civil**: Teoria gereneral del derecho civil Alemán. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946. V. 1, T. 1.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 2004.

WIEDEMANN, Herbert. Excerto do 'Direito societário I – Fundamentos'. In: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes. (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

WILLIAMSON, Oliver E. Assessing contract. **Journal of law, economics, and organization**. Oxford, v. 1, n. 1, p. 177-208, spring, 1985.

WILLIAMSON, Oliver E. **Markets and hierarchies**: analysis and antitrust implications. London: The Free Press, 1983.

WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

WILLIAMSON, Oliver E. The theory of the firm as governance structure: from choice to contract. **Journal of economic perspectives**, Pittsburgh, v. 16, n. 3, p. 171-195, summer 2002.

WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: The governance of contractual relations. **Journal of law and economics**, v. 22, n. 2, p. 233-261, out. 1979.

XAVIER, Luciana Pedroso. **As teorias do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**. 178 f. Dissertação (mestrado em direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

ZELMANOVITZ, Leonidas. Fundos de investimentos imobiliários. **Revista da CVM**. Rio de Janeiro. n.32. p.45-55. set. 2000.